

THÈSE DE

PARIS.

1889

N^o. 106.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ÉTUDE

SUR LA

FORME DES ACTES

DE DROIT PRIVÉ

EN DROIT ROMAIN

ET

DANS LE TRÈS ANCIEN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

HENRI SABOULARD

PARIS

ÉDOUARD DUCHEMIN, ÉDITEUR

18, RUE SOUFFLOT, 18

1889

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ÉTUDE

SUR LA

FORME DES ACTES

DE DROIT PRIVÉ

EN DROIT ROMAIN

ET

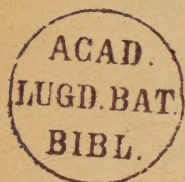
DANS LE TRÈS ANCIEN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Mercredi 17 Juillet 1889, à 3 heures

PAR

HENRI SABOULARD



Président : M. LEFÈBVRE.

Suffragants : { MM. DEMANTE, } *professeurs.*
 { ESMEIN, }
 { JOBBÉ-DUVAL, agrégé. }

PARIS

ÉDOUARD DUCHEMIN, ÉDITEUR

18, RUE SOUFFLOT, 18

1889

La Faculté n'entend donner aucune approba-
tion ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.



PROLOGUE

Dans son sens le plus général, la forme est tout ce qui se rattache à l'expression de la volonté dans les conventions ; toute convention a donc une forme aussi bien qu'un objet.

Rien n'est plus complexe que la forme : elle varie suivant les peuples, les époques et la nature juridique des actes. Une étude d'ensemble sur ce sujet doit donc tenir compte de multiples influences et faire des distinctions nombreuses.

Cependant, il est une distinction fondamentale en droit et qu'on rencontre en fait dans toutes les législations : c'est celle qui existe entre la forme orale et la forme écrite. Elle correspond d'une part à l'ordre chronologique, la parole étant la forme naturelle et primitive de l'expression des idées ; d'autre part, aux deux sens du mot *acte*. En effet, ce mot désigne à la fois ce qui s'est passé *id quod actum est*, et l'écrit rédigé pour constater ce qui s'est passé ; de sorte que dans le même terme, se trouvent confondues deux notions bien distinctes : le fait (*gestum, negotium juris*) affectant en général la forme orale, et la preuve du fait (*scriptum instrumentum*) inséparable de la forme écrite.

Orale ou écrite, la forme est de deux sortes : ou bien elle est abandonnée à l'initiative des parties, et alors elle se diversifie à l'infini suivant les mille accidents du commerce juridique et la volonté des con-

tractants ; ou bien elle est solennelle et préconstituée ; c'est-à-dire déterminée d'avance par la loi ou la coutume et toujours immuable. Dans ce dernier cas, elle est soumise à des règles précises comme les autres éléments du contrat. C'est la forme proprement dite.

Celle-ci peut intervenir dans trois buts différents : soit afin de porter la convention à la connaissance des tiers (*ad publicitatem*), soit comme élément constitutif de l'acte (*ad solemnitatem*), soit enfin pour le prouver (*ad probationem*). Rarement ces trois éléments seront réunis dans un même fait juridique ou exigés à propos d'une même convention ; le plus souvent nous les trouverons séparés. Toutefois il en est un qui est en quelque sorte inséparable de la forme. c'est l'élément probatoire : en effet, la forme préconstituée assure presque toujours la preuve de l'acte public ou solennel ; quant à la forme individuelle, c'est la preuve qui est le but unique de son intervention : telle est la raison d'être des écritures privées.

Dans le travail que nous allons entreprendre, nous étudierons la forme des actes à ce triple point de vue ; nous en suivrons pas à pas les modifications successives à travers la législation romaine et les origines de notre droit jusqu'au moment où les principes modernes seront définitivement acquis. C'est donc le développement historique de la forme des conventions qui nous fournira le plan de cette étude.

Dans le droit romain primitif, les actes formalistes (1) sont à la fois publics et solennels : ils sont

(1) Je dis formalistes par opposition aux contrats qui ne sont assujettis à aucune forme et qui sans nul doute étaient fort nombreux.

faits en présence du peuple assemblé dans ses comices et suivant certains rites prescrits par la coutume. Dans les actes ainsi conclus, ce qui prédomine c'est évidemment la publicité, l'élément solennel ne vient ensuite ; enfin par là même qu'ils ont été passés en public, les assistants peuvent témoigner de ce qu'ils ont vu, mais ce n'est là qu'un élément accessoire. Les contrats les plus importants de la vie civile, ceux qui intéressaient la prospérité et l'avenir des familles, devaient être faits en cette forme ; dans le droit de l'époque postérieure, nous trouvons encore des vestiges de ce système : le testament et l'adrogation se font toujours dans les comices. — Dans une seconde phase, les progrès du commerce juridique aidant, c'est seulement devant les représentants du peuple, témoins ou magistrats, que les conventions sont passées : cette nouvelle forme réunit dans une certaine mesure les mêmes avantages que la précédente, les *classici testes* ou témoins *solennels* jouant le rôle du peuple ; mais l'importance de l'élément de publicité diminue, le contrat tend à devenir simplement solennel. Cette transformation est enfin réalisée lorsqu'il suffit pour rendre un contrat valable, selon le droit civil, de l'accomplissement de certaines formalités par les parties elles-mêmes, sans l'intervention d'un tiers. Dans ce cas, il est vrai, la preuve du contrat était plus difficile à faire : aussi prit-on l'habitude d'appeler à la conclusion des contrats solennels des témoins choisis par les parties et en nombre variable ; c'étaient les témoins *pré-constitués*, c'est-à-dire requis spécialement pour assister à la formation de l'acte. En cas de contestation sur l'existence ou l'objet de l'acte, ces té-

moins préconstitués (*testes alligati*) étaient appelés à déposer de ce qu'ils avaient vu ; c'était même une obligation stricte pour eux. En même temps pour aider leur mémoire, on notait par écrit les principaux faits qui s'étaient accomplis devant eux ; mais ces annotations écrites n'avaient d'abord aucune valeur au point de vue juridique, elles ne se rattachaient en aucune manière à la forme de l'acte. Peu à peu, cependant, on accorda à ces écrits une plus grande autorité, surtout lorsque la rédaction eût été soumise à des règles précises et confiée à une classe spéciale de personnes quasi-publiques : la pratique finit même par considérer l'écrit comme l'équivalent, des solennités orales qu'il mentionnait avoir été accomplies et qu'en réalité il contribuait à faire négliger de plus en plus. En fait, si non en droit, la rédaction de l'écrit était devenue un élément essentiel de l'acte. Cet élément formel une fois réalisé, si l'acte était en outre confirmé par la déposition des témoins, il devenait inattaquable.

Enfin, dans le dernier état du droit romain, on sentit le besoin de donner aux tiers certaines garanties contre le secret des dispositions contenues aux actes : c'était la publicité, comme dès l'origine du droit romain, qui renaissait à son déclin sous une forme nouvelle, celle de l'insinuation des actes dans les archives des magistrats ou des municipes. En résumé, l'ordre suivi dans le développement des éléments de la forme littérale est inverse de celui qui eut lieu pour la forme verbale.

Nous suivrons à peu près le même ordre pour le très ancien Droit français : nous étudierons successivement les divers systèmes en usage aux époques bar-

bare, franque et féodale. Dans la première, l'insinuation est réservée aux Gallo-Romains, tandis que les contrats germaniques, où les formes orales étaient requises pour la solennité de l'acte, s'appliquaient seulement aux vainqueurs. La publicité unie à la solennité se retrouve dans les actes accomplis dans les assemblées publiques et judiciaires. Mais ce n'est là qu'une période de transition. Dès l'époque mérovingienne, la fusion se produit entre les éléments romain et germanique : sous l'influence romaine, l'écriture s'introduit dans la pratique, aussi bien pour les actes des tribunaux que pour les contrats entre particuliers. La plupart des conventions sont à l'époque franque conclues suivant les formes germaniques, mais on prend de plus en plus l'habitude de les rédiger par écrit ; dans cette formalité nouvelle, on voyait tantôt un moyen de faciliter la preuve par témoins, comme dans les actes privés faits en justice, tantôt un élément de formation du contrat comme dans les contrats par la charte. Peu à peu, l'écriture prend un tel développement que dans les premières années du IX^e siècle, on voit se produire une remarquable tentative d'organisation des actes authentiques. Mais le commencement de la féodalité est marqué par un retour en arrière : l'écriture devient presque inconnue, et pour répondre aux besoins de la pratique, de nouvelles formes orales apparaissent, qui, il est vrai, n'eurent jamais la même importance que les premières. Au XII^e siècle, le mouvement reprend avec une nouvelle vigueur : avec les lettres obligatoires reparaît la notion encore imparfaite de l'authenticité, en même temps qu'on attache une autorité de plus en plus grande aux actes rédigés par les

chanceliers des tribunaux. C'est cette dernière forme d'écrits qui devait engendrer le système du Droit moderne après que saint Louis, séparant la juridiction volontaire de la justice contentieuse, eût constitué un corps d'officiers publics chargés spécialement de conférer l'authenticité aux conventions privées.

Telle est, dans son ensemble, l'évolution historique accomplie par la forme. Pour suivre ce plan, nous devons donc étudier successivement les actes publics et les actes privés, ceux-là se rapportant à la publicité et à la solennité, ceux-ci à la preuve ; mais nous accorderons une plus grande place aux premiers parce que la forme y est mieux caractérisée. En un mot, nous étudierons tous les actes relatifs au droit privé quelles que soient les formalités qui président à leur formation ou à leur rédaction.

DROIT ROMAIN

PREMIÈRE PARTIE

LES FORMES VERBALES

CHAPITRE PREMIER

LE FORMALISME

Jusqu'au septième siècle de Rome, l'écriture fut sinon inconnue, du moins fort peu répandue ; les Romains ne se familiarisèrent que fort lentement avec son usage : *raræ per ea tempora litteræ erant*, nous dit Tite-Live (VII, 3). La loi des XII Tables qui fut promulguée à la fin du troisième siècle de Rome ne fait aucune allusion aux écrits, pas même à l'occasion des testaments. Certes les Romains ne sont pas restés trois siècles sans soupçonner l'usage de l'écriture : dès l'époque antique on usait d'annotations écrites à côté de la parole ; cependant ce n'est qu'à l'époque des grands jurisconsultes classiques que

l'*instrumentum* prend une place importante dans la vie juridique, au moment même où les derniers vestiges du formalisme vont définitivement disparaître.

De cet état de choses résulta pour les Romains la nécessité de recourir aux signes extérieurs et sensibles pour donner un corps perceptible à la pensée : si en effet la parole est la manière la plus naturelle d'exprimer les conventions, elle est insuffisante à elle seule pour leur assurer une pleine efficacité ; pour rendre certaine la volonté des parties, il faut des règles fixes et précises. Les Romains pourvurent à ce besoin de la pratique par l'emploi des formes solennelles.

L'acte juridique de cette époque porte en lui le caractère d'une individualité fortement marquée ; deux éléments concourent à sa formation, bien qu'à des degrés inégaux : le contenu concret et la forme.

A ce double point de vue, la volonté est soumise à de nombreuses restrictions dans le choix de ses moyens d'expression. Ce sont ces restrictions qui, dans leur ensemble constituent la notion des actes solennels (1) ou légitimes (2).

Il est difficile de donner *a priori* les règles générales sur la manière dont la volonté doit se manifester dans les actes solennels ; la forme à employer varie suivant l'état des mœurs et le développement de la civilisation, la nature et le but des actes : il existe cependant un certain nombre de prescriptions

(1) Solemnis, solemnitas (de *solere*) veut simplement dire usité, sans que l'on y doive attacher la même idée qu'à notre mot solennel, solennité.

(2) L'expression *actus legitimus*, très rarement employée en droit romain, n'a aucune valeur technique : elle signifie tout simplement un acte conforme au *jus civile* ou produisant des effets juridiques.

communes à tous les actes juridiques que nous allons essayer de dégager.

Actions, signes et mots, tels sont les matériaux à l'aide desquels le droit ancien a édifié le formalisme; d'autres notions s'y rattachent, mais d'une manière accessoire, comme le nombre et la qualité des personnes auxiliaires qui doivent concourir à l'acte, le temps et le lieu où il doit se passer, enfin tous les moyens propres à en conserver le souvenir.

Les signes et actions constituent l'élément purement matériel, indispensable à la confection de l'acte; mais il faut qu'ils soient vivifiés par la parole pour revêtir une signification précise.

Ces divers éléments procèdent d'une origine différente : les actions et les signes sont nés de l'usage, tandis que les mots sacramentels sont un produit de la jurisprudence. Mais ils se ressemblent en ce qu'ils sont également essentiels à la perfection des actes : « l'ancien droit n'admet nulle part qu'on se dispense d'un geste, fût-il grotesque ; d'une syllabe, quoiqu'on ait pu en avoir oublié le sens ; ni d'un seul témoin, quelque inutile que puisse être son témoignage ; les cérémonies tout entières doivent être accomplies scrupuleusement par les personnes qui ont légalement le droit d'y concourir » (1). Une de ces conditions venant à manquer, l'acte n'a point d'existence juridique ; les jurisconsultes nous disent qu'en ce cas il n'y a rien de fait, *nihil actum est, nullum est negotium*. Ce sont ces conséquences si rigoureuses de formalisme qui sont cause de l'importance si con-

(1) Sumner Maine, l'Ancien droit, traduction Courcelle-Seneuil, p. 256.

sidérable que la théorie des obligations naturelles acquit dans l'ensemble de la législation romaine.

Mais quels sont ces gestes, ces signes extérieurs qui enchaînent la pensée en la matérialisant ? Il faut ici prendre pour point de départ les idées qui s'imposent aux sociétés primitives. L'idée d'analogie est la première qui se présente à l'esprit des hommes : les signes sont puisés dans une analogie quelconque avec le but juridique qu'on se propose d'atteindre ou avec quelque chose qui s'y rapporte dans les croyances populaires (1). De là on arrive au symbole qui n'est autre que l'analogie traduite en corps et en actions.

Dans le principe, les actes symboliques ont été une réalité avant de devenir une fiction : ainsi la balance et la pièce d'airain, employées à l'époque antique pour constater un paiement, passeront à l'état de symbole dans la vente solennelle ou mancipation qui elle même sera employée fictivement dans une foule de cas où le but réel ne sera plus de vendre. Ainsi encore dans l'affranchissement lorsque l'esclave doit tourner sur lui-même, ce changement dans sa position physique était le signe de son changement d'état ; et le même acte se rencontrait également dans l'émancipation (loi 6, Cod. *de emancip.*). Ailleurs la fiction consistait dans la représentation d'un objet corporel : par exemple dans la revendication, le fonds est représenté (*pars pro toto*) par une motte de terre.

Quant aux mots, ils constituent l'élément absolument obligatoire dans les actes juridiques : parmi

(1) Ortolan, Hist. du dr. romain, p. 622, (éd. Labbé).

ceux-ci, il y en avait qu'on pouvait conclure au moyen d'un simple mot, comme la stipulation ; dans aucun il ne suffisait d'une simple action. Encore la volonté n'était-elle pas libre dans le choix de ses moyens d'expression ; elle rencontrait ici un double frein : d'une part, la validité des actes dépendait de l'emploi de certaines paroles sacramentelles (*certa verba, solemnia, legitima*) ; d'autre part, une exactitude scrupuleuse était rigoureusement imposée aux parties. La première restriction constitue le formalisme proprement dit, la seconde est la source de l'interprétation littérale.

Ces paroles, déterminées d'avance et toujours immuables, constituaient dans leur ensemble des formules solennelles qui devaient être récitées par les parties lors de la conclusion du contrat : l'ordre à suivre dans les expressions était l'objet de la plus minutieuse attention, la plus légère méprise engendrait une nullité, l'acte était à recommencer. Il n'était pas permis d'employer des termes équivalents : Gaïus (IV, 11) nous a transmis un exemple bien connu de cette règle à propos de la procédure, mais la solution qui s'en dégage doit être généralisée à tous les actes juridiques. D'ailleurs, la formule à réciter variait suivant le but des actes : tantôt c'était toute une litanie, tantôt un simple mot, sorte d'étiquette que l'on attachait à l'acte pour lui donner son caractère propre. Enfin, et par une conséquence nécessaire de la détermination de la forme, les paroles consacrées devaient être prononcées, à l'origine tout au moins, dans la langue nationale.

Cependant la liberté des parties n'était pas toujours enchaînée au même degré : dans certaines formules,

en effet, on ménageait au contenu concret une place qui devait être remplie par les parties ; pour le surplus la formule était invariable (telles sont la *cretio* et la *revendication*). De là cette distinction des formules en deux classes, distinction déjà faite par les Romains : les unes ne souffrant aucun changement, ni addition ni omission (émancipation, acceptilation, addition d'hérédité, etc.) (1) ; les autres admettant certaines modifications en tant qu'elle se concilient avec le but de l'acte (comme la *cognitoris datio* — *Fragm. Vatic.* § 318).

Cette différence dans la forme n'était que le reflet d'une différence inhérente au fond même des actes, car les Romains ont toujours tenu grand compte pour la réalisation des rapports juridiques de tous les faits que pouvait révéler une analyse exacte. La structure de la formule se pliait aux distinctions les plus subtiles. La même harmonie se révèle sous un autre aspect : les formules d'extinction des droits correspondent à celles de leur création, on se borne à employer des *verba contraria*. C'est ce que les Romains expriment par cet adage : *nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est* (*Loi 153, Dig. 50, 17*). On peut citer à titre d'exemple l'*ademptio legati* : à la formule de constitution d'un legs on ajoutait simplement une négation ; de même la pesée du métal intervenait aussi bien pour l'établissement que pour l'extinction d'une obligation ; la dissolution du *nexum* ne pouvait se faire que par la *nexi solutio* ; l'acceptilatio était la quittance authentique correspondant au contrat ver-

(1) Papinien, (*loi 77, Dig. 50. 17*).

bis, et l'expensilatio était le mode normal de dissoudre le contrat *litteris*.

Ce parallélisme étroit et savant est une conséquence de l'esprit logique des Romains qui exigeait dans l'ordonnance des idées et le choix des termes sacramentels une grande précision. Aussi la rédaction des formules était-elle féconde en résultats : chaque mot portait parce que chaque mot était pesé avec soin. On ne considérait comme positivement décidé et voulu que ce qui avait été expressément dit ; ainsi s'explique cette règle bien connue : *expressa nocent, non expressa non nocent* (Loi 52, Dig. 35, 1 — Loi 195, D. 50, 17). C'était là l'essence même du formalisme : le fond y était sacrifié à la forme (1). Le Droit ancien ignorait la distinction entre la lettre du contrat et la volonté des parties ; pour lui un débat judiciaire consistait en une lutte de mots où la cause la plus juste ne triomphait pas toujours, lors même que le désaccord entre le mot et la volonté pouvait être établi avec certitude, lors même que l'adversaire en avait eu connaissance. Les termes de la convention limitaient exactement l'obligation : *Satis est*, dit Cicéron en parlant de l'obligation du vendeur, *ea præstari quæ sunt lingua nuncupata* (De off. III, 16). De même celui qui s'était obligé à *dare* n'était pas tenu à *facere* (Paul, loi 91 pr. Dig. 45, 1). D'où il suit, qu'une personne pouvait paralyser le droit de son adversaire en éludant la convention : elle en respectait les termes, mais en violait le véritable esprit. La *malitiosa juris interpretatio* comme la nomme Cicéron (De off.

(1) Savigny, *System.*, III, p. 124 et 125.

I, 10) se donnait libre carrière ; le *summum jus*, devenait souvent une *summa injuria* (1).

Cependant cette interprétation si peu équitable ne heurtait point le sentiment national ; pendant longtemps, au contraire, elle passa pour une preuve de supériorité : il fallut de longs siècles et surtout l'influence du *jus gentium* pour changer les habitudes de la pratique sur ce point. Au reste, les inconvénients qui viennent d'être signalés, sont en réalité beaucoup moins graves qu'ils ne le paraissent au premier abord : les mots avaient un sens bien défini ; l'interprétation était exactement la même pour tous les actes formels et ne souffrait pas de degrés, le résultat en était prévu et certain. En outre, si le droit est impuissant à exclure le manque de clarté, bien des choses peuvent être faites en ce sens par l'initiative individuelle, et elle trouva ici deux correctifs : l'adjonction de juristes lors de la confection des contrats et l'usage de formulaires fixes.

Le trait saillant de la jurisprudence romaine est sa participation directe à la vie des affaires : Cicéron reproche même aux juristes de se rendre partout indispensables (*Pro Murena*, cap. 11). L'activité des jurisconsultes s'exerçait de deux manières : au moyen de consultations sur une espèce déterminée (*respondere*) ; en second lieu par la rédaction de formules de contrats, de testaments, etc. (*scribere, cavere*, synonyme de *providere, prudens* d'où le nom de *prudentes* donné aux jurisconsultes). En rédigeant ces *instrumenta* les prudents donnaient aux conventions la forme la mieux appropriée à leur but ; on

(1) Jhering, *Esprit du dr. romain*, III, § 49.

avait beau à l'occasion torturer le mot, il n'en résultait que l'intention des parties. Grâce à ces guides experts les citoyens romains parvinrent à suivre sans danger les règles étroites de l'ancien formalisme.

A une époque où l'art d'écrire n'était pas encore vulgarisé, la présence du juriste était indispensable dans les relations juridiques : obligé de faire une rédaction nouvelle à chaque acte nouveau, il en vint à rédiger les actes les plus usuels et à les proposer comme modèles aux parties. Telle fut à Rome l'origine des formulaires. Ils avaient l'avantage d'attirer l'attention des contractants sur les points essentiels de l'acte qu'ils voulaient conclure, car les jurisconsultes avaient soin d'insérer dans ces projets les clauses et réserves nécessaires pour mettre leurs clients à l'abri d'une interprétation défavorable. La valeur de ce modèle ne dépendait plus alors que de l'observation des diverses formalités exigées tant par la loi que par la pratique.

L'usage des formulaires était d'autant plus nécessaire que les dispositions législatives étaient plus laconiques : la loi antique ne suppléait pas comme de nos jours la volonté des parties ; tous les points du contrat, même les plus essentiels, devaient être exprimés. Le meilleur moyen de se mettre à l'abri d'une nullité était donc de recourir à une formule qui avait été déjà employée avec succès dans des cas analogues.

Les jurisconsultes purent ainsi exercer sur la marche du droit une puissante influence : en commentant et en appliquant le droit en vigueur, ils en découvrirent les lacunes et s'efforcèrent de les combler. Dans l'élaboration des réformes les plus importantes

ils furent les meilleurs auxiliaires du préteur : en particulier le développement rationel des principes de la loi des XII Tables fut leur œuvre. Cette alliance de la théorie et de la pratique a été profitable à toutes les deux ; la pratique a été préservée de la routine, et la théorie des spéculations irréalisables ; la réalisation du droit dans les affaires a suivi les progrès de la science, et la science a suivi les progrès de l'activité humaine (1).

(1) M. Labbé sur Ortolan, préface de la 12^e éd., p. 9.

CHAPITRE II

LES ACTES SOLENNELS

Les actes solennels forment le droit commun de l'époque antique. Néanmoins il existait déjà dans la pratique de cette époque d'autres modes de contracter qui, il est vrai, n'avaient pas l'importance des premiers : dans les pactes, par exemple, la forme était entièrement abandonnée à l'initiative individuelle ; mais celle-ci était impuissante à constituer un acte formel. Un acte n'était pas solennel par cela seul qu'on avait fait emploi des formes verbales, il ne revêtait ce caractère que là où elles étaient prescrites : défaut de forme et forme libre étaient donc, au point de vue du droit ancien, des expressions absolument synonymes. Au surplus les actes informes avaient une efficacité à peu près nulle, parce qu'ils n'étaient pas reconnus par le droit civil ; ce ne fut qu'assez tard dans l'histoire du droit romain que les pactes furent munis d'une action par le préteur (1).

Malgré leur importance, les *negotia solemnia* du droit ancien étaient peu nombreux, mais leur application était générale : les conventions les plus variées pouvaient être faites dans les mêmes formes, leurs

(1) Cette distinction présente un intérêt surtout au point de vue de la procédure : d'une part, en effet, tout *negotium solemnē* servait de fondement à une action *certa* et à un *judicium stricti juris* ; d'autre part tout *negotium non solemnē* donnait naissance à une *actio incerta* et à un *arbitrium bonæ fidei*

différences se manifestaient seulement par la diversité de leur contenu.

Nous nous bornerons à étudier les actes formels les plus importants, *nexum*, mancipation, *in jure cessio*, stipulation ; en d'autres termes, nous examinerons seulement les actes relatifs aux droits réels et aux droits personnels, en insistant particulièrement sur les premiers.

Nous nous occuperons également de la forme et de l'objet de ces actes solennels ; bien souvent, en effet, un changement dans l'application entraîne une modification correspondante dans la forme.

Toutefois avant d'entrer dans le détail, il est utile de jeter un coup-d'œil d'ensemble sur le développement historique de la forme des conventions.

I

DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE DE LA FORME DES CONVENTIONS

La première forme d'aliénation de la propriété chez les Romains se réduisait à une opération bien simple, l'échange, *permutatio rerum* (Gaius, loi 1, pr. Dig. 18, 1 ; Instit. Just. III, 23 § 2) ; la tradition réciproque des objets échangés permettait aux parties d'atteindre aisément leur but. Ce premier mode de transfert n'est vraisemblablement pas exempt du formalisme qui domine le droit le plus ancien ; c'est à cette époque qu'on peut faire remonter les solennités qui plus tard accompagnèrent la mancipation. Puis la vente se substitua peu à peu à l'échange, en gar-

dant quelque chose de sa forme primitive : elle consista d'abord dans le troc de la chose aliénée contre une certaine quantité de métal qui était pesé (*venditio per æs et libram*) ; au moyen de cette pesée accompagnée de paroles sacramentelles les parties traduisaient matériellement l'accord de leurs volontés, le consentement seul eût été insuffisant. Cette forme intervenait nécessairement à l'occasion de toutes les transactions qui avaient pour conséquence une prestation de somme d'argent ; en ce sens, elle constituait déjà un *actus solemnis*. Mais lorsque fut introduite la distinction des *res Mancipi* et *nec Mancipi*, alors seulement la *venditio per æs et libram* fut érigée en un acte juridique destiné spécialement à opérer le transfert d'une classe de choses déterminées (1).

A une époque où la monnaie d'or et d'argent n'existait pas encore, il était naturel de peser le cuivre puisque sa valeur était déterminée par son poids seul et non par une empreinte publique (Gaius, I § 122) ; d'ailleurs la monnaie romaine frappée à plusieurs coins était en circulation concurremment avec celle des villes voisines ; ce procédé avait l'avantage de ramener toutes les monnaies à l'unité et au même étalon de valeur. Plus tard, lorsque l'autorité publique eut en quelque sorte *signé* le cuivre en déterminant par avance son poids à l'aide d'une estampille officielle, cet *æsignatum* facilita beaucoup les opérations du commerce ; mais le poids du métal resta toujours la chose décisive, c'était la mesure réelle de sa valeur (2). Même après l'introduction de la mon-

(1) Huc, *Le prétendu formalisme romain*, dans *Rev. de leg.*, de Toulouse, année, 1861, p. 42.

(2) Giraud, *des Nexi*, p. 29.

naie d'argent (485 *ab* U. C.) la balance resta en usage ; elle perdit son utilité pratique, mais garda sa valeur formaliste. Ce ne fut plus alors qu'une simple solennité extérieure quoique toujours essentielle : l'ancienne nécessité de fait s'était transformée en nécessité de droit, une fiction avait remplacé la réalité.

L'airain et la balance étaient également employés au cas où une personne voulait s'obliger envers une autre ; pour devenir obligatoire, l'engagement devait être revêtu des formes solennelles de la vente : aussi a-t-on dit que le contrat n'était qu'une vente incomplète (1). En échange de la somme d'argent que le créancier comptait au débiteur, celui-ci engageait sa personne au créancier.

Tel est le lien historique qui rattache les contrats aux transferts. Dans les deux cas, une même cérémonie était employée, comme aussi, dans les deux cas, le rapport de droit qui en résultait était fondé sur une prestation en argent ; de sorte que les droits réels et les droits personnels qui sont non seulement distincts, mais opposés, étaient confondus au point de vue de la forme et du fond. C'est cette double analogie qui conduisit à leur donner une dénomination commune : celle de *nexum*.

Toutefois, on arrive à cette conclusion plutôt à l'aide de conjectures qu'en se fondant sur des textes précis : car ceux qui parlent du *nexum* se bornent à le mentionner ou à le définir. Encore ces textes ne sont-ils pas décisifs, puisqu'ils rapportent une controverse qui existait déjà entre les jurisconsultes ro-

(1) Summer Maine, *op. cit.*, p. 304.

maines. Il faut donc renoncer, en l'état actuel des sources, à dissiper l'obscurité qui règne en cette matière. De là vient le dissentiment qui partage les interprètes au sujet du rôle que joua le *nexum* dans la pratique primitive.

Dans un premier système, on a prétendu qu'il constituait à l'origine le seul contrat usité chez les Romains : la simplicité des mœurs conduisait, dit-on, à la simplicité du droit. Ce système est évidemment exagéré : tant de complication sous prétexte d'unité eût rendu la vie impossible. La forme du *nexum* est, il est vrai, le moule dans lequel on doit jeter les opérations juridiques les plus importantes ; mais il en est d'autres trop usuelles, comme les objets d'un achat journalier, pour qu'on ait songé à les soumettre au formalisme. « Sans doute quand la balance et le métal avaient un usage réel, celui de peser le prix, on les employait dans tous les achats où ils étaient nécessaires ; mais quand ils ne furent plus qu'un symbole, quand l'usage et les lois y ajoutèrent la nécessité de plusieurs témoins citoyens et de paroles sacramentelles, ces formalités, devenues légales, ne durent pas être exigées pour les ventes ou traditions minimes dont je viens de parler (1) ». Du reste, rien ne prouve que le *nexum* ait jamais été d'une application générale et obligatoire, aucun témoignage décisif ne pouvant être invoqué à l'appui de cette opinion.

En sens inverse, d'autres auteurs (2) ont soutenu que le *nexum* n'était employé, — la langue juridique en

(1) Ortolan, *Explicat. des Institut.*, t. 2, p. 232, (12^e édit.) ; Cf. Inst. Just. l. II, tit. 1, § 41.

(2) Voy. notamment M. Accarias, t. 2, p. 196, (3^e édit.).

fait foi, — qu'en matière de prêt d'argent et que là même il était simplement facultatif, ayant pour but non pas d'assurer une action au créancier, mais de lui procurer des sûretés plus énergiques. Il est bien vrai que le mot *nexus* s'applique particulièrement au débiteur, mais ce n'est qu'à l'époque postérieure; il est vrai encore que le *nexum* affectait éventuellement la personne de l'obligé à l'exécution du contrat, et que cette obligation éventuelle du *nexus* avait pour but d'augmenter les garanties du créancier en cas de non remboursement à l'échéance. Mais comment expliquer dans ce système le maintien du *nexum* après que l'exécution sur la personne fut remplacée par l'exécution sur les biens? De plus, à quoi serviraient le *libripens* et les cinq témoins si le *nexum* avait un caractère simplement facultatif?

Quoi qu'il en soit, il faut se garder d'exagérer l'étendue d'application du *nexum*. On peut conjecturer que ce fut le seul procédé connu à l'origine pour donner l'authenticité aux conventions privées, lorsque l'importance des intérêts engagés la rendait nécessaire. Mais, en dehors des droits réels et de créance, l'ancien droit connaissait d'autres actes solennels : il suffit de citer le testament et l'adrogation. Le *nexum* n'aurait donc été que le plus usité de tous les contrats de l'époque primitive.

D'ailleurs les deux notions de propriété et d'obligation renfermées dans l'expression générique de *nexum* se séparèrent peu à peu : l'idée première ne fut pas effacée, mais elle ne s'appliqua plus qu'à une partie de son ancien domaine. Dans le principe, une légère modification introduite dans la formule du *nexum* lui permettait de s'appliquer à deux situations

essentiellement différentes. Désormais le *nexum* ne comprend plus que l'obligation et en particulier l'engagement de la personne pour la garantie d'une dette, tandis que la transmission de la propriété est désignée par l'expression de *mancipium* ou *mancipation*. Mais le *nexum* et la *mancipation*, bien que séparés, portaient toujours la trace de leur commune origine : tous deux exigeaient l'emploi de l'*æs* et de la *libra*.

La distinction du *nexum* et du *mancipium* est le premier résultat de l'analyse juridique : elle est certainement antérieure à la loi des XII Tables (1). Mais lorsqu'on eût ainsi attribué au *nexum* une signification spéciale, les progrès de la civilisation et les besoins du commerce amenèrent d'autres modifications plus importantes. La solennité *per æs et libram* se simplifia, ses éléments se dédoublèrent et chacun d'eux donna naissance à une catégorie particulière de contrats : les contrats réels et les contrats verbaux.

En matière d'obligation, nous l'avons vu, le cas le plus important et le plus fréquent, le prêt d'argent, fut bientôt séparé du *nexum* ; dès lors le mot *nexus* s'appliqua tout particulièrement dans la langue du droit au débiteur. Dans d'autres hypothèses, celles du dépôt et du gage, c'était la remise *per æs et libram* de l'objet déposé ou donné en gage qui donnait naissance à l'obligation. Mais après que l'usage de peser le métal eût disparu, cette dation *per æs et libram*, dont l'obligation était le prix, ne fut plus qu'une vaine formalité ; elle n'intervenait plus que d'une manière purement symbolique pour faire naître l'obligation. Par la suite, l'exécution du contrat par le

(1) *Quum nexum faciet mancipiumque* (6^e table, § 1).

prêteur, la numération des espèces, dut suffire pour lier l'emprunteur; et quant au dépôt et au gage, la simple tradition de la chose remplaça la pesée fictive. Ainsi le vieux principe s'était peu à peu transformé : la seule *datio rei* constituait la *causa civilis* : *re contrahitur obligatio*, les paroles solennelles étaient désormais inutiles. Telle est l'origine des contrats réels, et c'est à cette origine que le *mutuum*, en particulier, doit son caractère de contrat de droit strict (1).

D'autre part, lorsqu'il n'y avait pas numération d'espèces, ou lorsque le contrat ne comportait aucune aliénation, le *nexum* n'était qu'un prétexte servant à donner une forme légale à des conventions bien éloignées de sa destination primitive. Mais avec le temps, les deux éléments du *nexum* furent séparés comme pour les contrats réels : l'airain et la balance disparurent, on retrancha la fiction de vente, le métal fut tenu pour pesé et donné, et l'opération se réduisit alors aux paroles solennelles : *verbis obligatio contrahitur*. C'est la seconde dérivation du *nexum* : l'ancienne forme a donc transmis au droit nouveau, d'abord l'idée d'une *chaîne* qui lie les parties et qui est devenue l'obligation *vinculum juris*; et ensuite la notion d'une *cérémonie* qui accompagne et consacre l'engagement, cérémonie qui, détachée du *nexum*, s'est transformée en *stipulation* (2). En résumé, le contrat verbal puise sa force obligatoire, non dans l'argent reçu, mais dans les paroles par lesquelles le

(1) Summer Maine, *op. cit.*, p. 309.

(2) Ortolan, *Explic. des Instituts*, I, p. 646; III, p. 435, (12^e édit.). — Cf. Maynz, *Cours*, II, § 233.

débiteur s'engage (1); en outre, l'engagement matériel de la personne a fait place à un simple engagement juridique qui, sans soumettre immédiatement le débiteur à la puissance du créancier, donnait à ce dernier une action civile (2). L'étymologie du mot *stipulatio* vient corroborer ce que nous venons de dire sur son origine. D'après Festus (V^o *stipem*), *stipulatio* viendrait de *stipem ferre*, *stips* signifiant monnaie : *stipulari dicitur is, qui interrogat alterum, spondeatne stipem, id est æs*. Varron (*de lingua latina*, V., n^o 182) donne aussi *stips* comme synonyme de *æs* : *hoc ipsum stipendium a stipe dictum quod æs quoque stipem dicebant*. La stipulation se réfère donc à l'ancienne formalité du *nexum* : le débiteur interrogé promet *stipem, id est æs*. A l'appui de l'opinion de Festus et de Varron, on peut citer également la loi 7, Dig., 45, 1 : *stipulatio pecuniam creditam continet*; de ce passage d'Ulpien on peut induire que la stipulation était un prêt fictif et dérivait du *nexum*. Toutefois, la formule de la stipulation ne ressemble pas à celle du *nexum*, car les conditions d'application de ces deux formes solennelles sont bien différentes.

Enfin, avec la diffusion de l'écriture et surtout lorsque l'usage imposa à chaque citoyen d'avoir son *codex accepti et depensi*, une transformation analogue

(1) Cicéron, *de legibus*, II, 20 et 21; ces deux passages sont relatifs à l'*acceptilatio*, mais on doit admettre pour la création des obligations au moyen du contrat verbal, ce que Cicéron dit de leur extinction dans cette forme.

(2) Le testament, dont l'analogie avec les formes de contrat est si frappante, subit une transformation semblable : il passa par la forme *per æs et libram*, avant d'arriver à n'être plus qu'une simple déclaration de volonté (*testamentum nuncupativum*).

à celle qui avait produit le contrat verbal, donna naissance au contrat littéral. L'objet du nouveau contrat fut limité aux obligations de sommes d'argent : comme dans la stipulation, on tint pour accomplie la solennité *per aes et libram* ; mais au lieu de recourir aux paroles solennelles, la somme objet de l'obligation fut inscrite en la formule consacrée sur le registre domestique ; on considéra l'argent comme pesé et donné à l'égard du créancier, comme reçu à l'égard du débiteur. L'inscription sur le *codex* constitue non pas seulement un moyen de preuve, mais une solennité, une forme civile d'obligation ; c'est ainsi qu'on arrive aux obligations contractées par écrit : *litterarum obligatio* (1). Le contrat *litteris* est la dernière dérivation du *nexum*.

Quant aux contrats consensuels, ils ne furent admis que tardivement par la législation romaine. Bien qu'ils soient sans contredit les plus usités et les plus importants puisqu'ils s'appliquent à toutes les opérations du commerce, nous n'avons nullement à nous en occuper : ce qui distingue en effet les contrats consensuels, c'est qu'aucune formalité n'est requise pour les compléter en dehors de la convention elle-même ; l'obligation est attachée immédiatement au consentement qui remplit ici les mêmes fonctions que la *datio rei*, les *verba solemnia* et les *litteræ* dans les autres contrats. La forme par laquelle les parties expriment leur volonté dans ces contrats est entièrement abandonnée à leur initiative. Il n'existe donc aucun rapport entre eux et les actes solennels du droit antique.

(1) Ortolan, *op. cit.*, III, p. 435.

Revenons maintenant à l'analyse des principaux contrats solennels, en commençant par le plus ancien, le *nexum*.

II.

NEXUM.

Les auteurs anciens nous ont laissé du *nexum* deux définitions qui toutes deux concordent sur la nature juridique de l'acte, mais diffèrent au point de vue de son étendue d'application.

D'après Pompéius Festus (*de verborum significatione, hoc verbo*), *nexum est, ut ait Gallus Ælius, quodcumque per æs et libram geritur, idque necti dicitur; quo in genere sunt hæc: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio*. Et suivant Varron (*de lingua latina*, VII, 105), *nexum Mamilius (Manilius) scribit omne quod per libram et æs geritur, in quo sint mancipia; Mutius (Scævola) quod per æs et libram fiant ut obligentur, præter quæ mancipio dentur*.

Ces définitions données par les grammairiens, qui sont au reste reproduites par Cicéron (*de Oratore*, III, 40), s'attachent principalement au caractère extérieur de l'acte, à la pesée du métal, c'est-à-dire au *nexum* proprement dit. Pourtant, ce n'est là que le premier élément du *gestum per æs et libram*, et non pas l'acte entier ainsi que l'a soutenu Bachofen; l'acte comprend en outre un second élément, indispensable pour déterminer son but final : la *nuncupatio* ou déclaration spéciale des parties.

L'airain et la balance constituent la partie principale du *nexum*, ils en sont comme l'expression authentique. Les formalités qui intervenaient pour cette pesée du métal ne nous ont pas été conservées par les textes relatifs au *nexum*, mais nous pouvons les restituer sans peine en nous reportant à celles de la mancipation qui, selon l'opinion de Manilius, n'est qu'une application particulière du *nexum* : elles étaient accomplies en présence de cinq citoyens romains pubères et d'un libripus pontife. Telle était du moins la forme de certains actes, au sujet desquels les témoignages de l'époque postérieure nous donnent une certitude complète et qui primitivement empruntaient la forme du *nexum* : l'adoption, le paiement *per æs et libram* et le testament par mancipation (1).

Quant à la déclaration solennelle des parties, ou *nuncupatio*, ce n'est en quelque sorte que le geste parlé au moyen duquel l'acte acquiert une signification précise. Suivant Festus (*hoc verbo*) : *Nuncupata pecunia est, ut ait Cincius in libro secundo de officio jurisconsulti, nomina certa nominibus propriis pronuntiata*. Quelle était cette formule solennelle qui donnait une efficacité juridique au consentement des parties ? Ici encore on en est réduit aux conjectures ; on est certain toutefois que la formule était prononcée par le vendeur ou le créancier et qu'elle contenait les mots *damnas esto*. Voici la restitution qui a été proposée par Huschke (*Recht des nexum*) dans l'hypothèse d'un prêt d'argent : *Quod ego tibi mille libras hoc ære æneaque libra nexas dedi ; eas tu mihi post annum jure nexi dare damnas esto* (2).

(1) Gaius, I, 102 ; III, 173 et 174. — Ulpien, Reg. XX, 2

(2) On retrouve ces mots *damnas esto* dans des situations analogues.

En résumé l'acte puisait sa force obligatoire dans le symbole solennel de la prestation effectuée (*nexum*) et sa signification juridique dans la *nuncupatio*, il existait donc un rapport intime entre ces deux éléments du *nexum* : celui-ci n'ayant aucune valeur par lui-même, toute son autorité dérivant de la prestation à laquelle il était joint, celui-là n'ayant aucune portée pratique sans la déclaration solennelle des parties (1). En d'autres termes le *nexum* est tout acte exigeant l'emploi de l'airain et de la balance et confirmé par le consentement solennel des contractants.

Le *nexum* avait en effet un champ d'application fort étendu : il suffit, pour s'en rendre compte, de se reporter aux définitions que Festus et Varron nous ont conservées. Il existe, il est vrai, sur ce sujet un dissentiment profond entre les jurisconsultes romains : les uns, parmi lesquels Gallus Aelius et Manilius, se référant au caractère originaire de l'acte, admettent que le *nexum* est le genre et le *mancipium* l'espèce ; les autres, comme le pontife Q. Mutius Scaevola, se fondant uniquement sur la pratique suivie de leur temps, font du *mancipium* une classe à part et par suite enlèvent au *nexum* une partie de son domaine ; pour eux ce qui prédomine surtout dans le *nexum* c'est le lien obligatoire, le *mancipium* n'y est compris que si au transfert de propriété se joint l'intention de fonder une obligation. Cette dernière opinion semble avoir prévalu par suite de la transformation qu'avait subie le *nexum* dès l'époque antique ; on en trouve la

Ainsi l'obligation de l'héritier tenu d'exécuter un legs *per damnationem* était semblable à celle qui dérivait du *nexum* : c'était un moyen pour le testateur de donner à sa volonté une sanction énergique.

(1) Giraud, *des Nexi*, p. 38.

preuve dans l'étymologie même de ce mot : *nexum*, disait-on communément, vient de *nectere*, et d'après Festus (*hoc verbo*) : *nectere significat ligare*.

Mais dans le droit ancien cette controverse n'existait pas : le *nexum* comprenait alors les opérations les plus importantes : le testament (*testamenti factio*) la mancipation (*nexi datio*), le prêt d'argent (*nexi obligatio*), et le paiement (*nexi solutio*). Toutes ces institutions se sont par la suite développées d'une façon complètement indépendante. Nous le verrons à propos de la mancipation, qui fera l'objet d'un paragraphe spécial ; et incidemment, à propos du testament, en tant qu'il se rapporte à la mancipation. En ce qui concerne le prêt d'argent, le *nexum* lui fut de bonne heure exclusivement réservé, et c'est cette fonction spéciale qui lui valut dans l'histoire politique des premiers siècles de Rome une si fâcheuse célébrité. Quant au paiement nous retrouvons ici l'application d'un principe dont nous avons parlé dans la théorie générale du formalisme : les formes qui avaient donné naissance à l'obligation servaient également à l'éteindre. Gaius (III, 173 et 174) nous dit que pour se libérer le *nexus* prononçait des paroles solennelles, puis frappait la balance avec une pièce d'airain qu'il remettait ensuite au créancier ; l'extinction de sa dette était ainsi constatée au moyen d'une quittance authentique. Au reste, Gaius nous dit que de son temps ce mode de paiement était devenu fictif, *imaginaria solutio*, de même que tous les contrats où intervenaient *l'æs et libra*.

Malgré son caractère archaïque si prononcé le *nexum* admettait, dans chacun des cas où il était employé, des clauses accessoires qui se trouvaient sanc-

tionnées par la *nuncupatio* comme la convention principale. Ainsi, d'après Tite-Live (VI, 14) le débiteur pouvait être tenu de payer des intérêts ; son obligation résultait de certains mots solennels ajoutés à la formule de la *nuncupatio* : la loi des Douze Tables avait en effet déclaré valables toutes les conventions particulières que les parties pouvaient ajouter au *nexum* : *cum nexum faciet, uti lingua nuncupassit, id est uti nominarit locutus ve erit, ita jus esto* (6^e table, § 1) (Festus, V. *nuncupata*).

Le *nexum* pouvait donc servir aux conventions les plus diverses, et cependant il n'y avait entre elles aucune confusion possible : la différence qui existait dans leur nature juridique apparaissait dans la *nuncupatio*. En réalité cette forme solennelle de contracter, qui paraît si incommode, lorsqu'on se place au point de vue du droit moderne, répondait à tous les besoins de son époque : les actes qui y puisaient leur validité variaient suivant l'intention des parties ; au moyen des paroles solennelles on savait quelle opération elles avaient conclu, et la prestation pécuniaire prenait ainsi un caractère déterminé.

Ainsi même dans les actes si rigoureusement réglementés de la première époque du droit, la liberté des contractants n'était pas complètement enchaînée : ils pouvaient dans une certaine mesure modifier les effets du *nexum* suivant son objet. Mais la distinction entre les droits réels et de créance n'en était pas moins dissimulée sous la forme identique de l'acte créateur. Cet état de choses, il est vrai, ne dura pas longtemps, puisque la séparation de ces deux classes de droits était déjà consommée dès avant la loi des Douze Tables : *cum nexum faciet mancipium-*

que (6^e table, § 1). Le premier affaiblissement du formalisme eut donc pour conséquence un progrès remarquable au point de vue de l'analyse juridique : à l'obligation et à la propriété répondirent deux actes distincts : le *nexum* et le *mancipium* ou mancipation.

III

MANCIPATION

La mancipation est le mode d'aliénation exclusivement propre au *res Mancipi*, c'est-à-dire aux choses considérées comme les plus précieuses ; elle repose sur la représentation simultanée des deux éléments de la vente : prestation de la chose et paiement immédiat du prix d'achat.

Ulpien (*Reg.*, XIX, 3) et Gaius (I, 119 et 122) en décrivent ainsi les formalités : en présence de cinq citoyens romains pubères et d'un *libripens* (ou porte-balance), l'acheteur tenant à la main un lingot d'airain prononce des *certa verba* au moyen desquels il affirme l'existence actuelle en sa personne du droit qu'il prétend acquérir, par exemple s'il s'agit de l'achat d'un esclave *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc ære æneaque libra* ; puis il frappe la balance avec le lingot d'airain qu'il remet ensuite au vendeur à titre de prix. Quant à l'aliénateur aucunes paroles solennelles ne sont exigées de lui ; son silence accompagné de la réception de ce prix fictif vaut consentement de sa part.

L'ordre suivi dans ce cérémonial indique les éléments essentiels du contrat: l'appréhension de la chose et la partie de la formule qui y correspond forment le premier acte de la mancipation; le paiement apparent emprunté au *nexum*, qui n'est qu'un accessoire, est relégué au second plan (1).

Il convient tout d'abord d'apprécier les solennités constitutives de la mancipation au point de vue du vieux droit quiritaire; comme le *nexum*, cet acte formel se compose de deux parties distinctes: les gestes ou actions et la *nuncupatio*.

Les gestes comprennent eux-mêmes trois chefs différents: la présence des témoins, la présence de la chose mancipée rendant possible son appréhension, enfin l'emploi de la balance.

Les témoins en présence desquels s'accomplit la mancipation doivent être au nombre de cinq. On a conjecturé qu'ils avaient pour fonction de représenter les cinq classes des *assidui* formant les centuries, et cette conjecture est appuyée sur un texte d'Aulu-Gelle (XV, 27, § 3). L'acte participait ainsi aux avantages des actes publics: la protection du peuple lui était acquise.

Il est un témoin que les textes désignent sous un nom particulier, *antestatus*, et à propos duquel nous devons nous arrêter un instant. Dans l'Építome de Gaïus du *Breviarium Alaricianum* (I, 6, 3) l'*antestatus* est mentionné comme un sixième témoin, mais la forme usitée en matière de testament nous porte à croire que c'est un malentendu des compilateurs. L'*antestatus* qu'aucun auteur romain ne signale

(1) Jhering, *op. cit.*, III, § 52.

comme distinct des autres témoins n'est plutôt que le premier d'entre eux. Ainsi dans la *Donatio Flavii Syntrophii* le nom de l'*antestatus* figure à côté de celui du *libripens* (1) tandis que les noms des autres témoins ne sont pas mentionnés. Il semble bien en effet que l'*antestatus* n'était pas un simple assistant, mais au contraire concourait à la célébration de l'acte, tout au moins en ce qui concerne le testament : au témoignage de Gaius (II, 104) dans la *mancipatio familiæ* le testateur adressait une interpellation solennelle à tous les témoins : *ita testor itaque vos quirites testimonium mihi perhibetote* et les témoins, ou l'un d'eux au nom de tous, l'*antestatus*, devaient y répondre. On peut citer deux textes en ce sens : d'après Ulpien (*Reg.* XX, 7) un muet ne peut être ni témoin ni *libripens* dans un testament, ce qui n'aurait aucune raison d'être si tous deux n'avaient à parler ; de même Paul (*Sentences*, III, 4^a, § 4) nous dit qu'un aveugle peut faire son testament *quia accire potest adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibentes*.

Les témoins, une fois réunis, l'acquéreur doit devant eux toucher la chose, l'objet vendu ; ce qui, par suite, nécessite sa présence. Cette règle est absolue pour les choses mobilières, même à l'époque

(1) Giraud, *Novum Enchiridion*, p. 643 ; voy. également *donatio Irenes* et *donatio Artemidori*, *ibid.*, p. 651 et 652. — En principe, l'*antestatus* et le *libripens* sont toujours mentionnés dans les formules de contrats ; par exception dans la *forma fiducia*, découverte en 1867 en Espagne, les noms de l'*antestatus* et du *libripens*, sont omis ; mais cette formule n'est vraisemblablement qu'un simple modèle d'acte, Voy. Giraud. *Nov. Ench.*, p. 656 ; Mommsen, note insérée dans le *Corpus Inscriptionum latinarum* de Hübner, t. II, (*Inscript. Hispanæ*), p. 700 n° 5042 ; et Degenkolb, dans la *Zeitschr. für Rechts-geschichte*, t. 9, p. 118 et 119, (décembre 1869).

classique : on ne peut, dit Ulpien, en *manciper* (*manu capere*) qu'autant qu'il est possible d'en saisir avec la main ; l'appréhension de la chose par l'acheteur a une valeur symbolique, il affirme ainsi l'acquisition de la *manus*, c'est-à-dire du droit de propriété civile sur la chose. De la formule prononcée par l'acquéreur, on peut conclure que la présence réelle de l'immeuble mancipé était aussi nécessaire à l'origine ; les termes employés étaient identiques, dans la première partie de la *nuncupatio*, à ceux de la revendication, laquelle supposait primitivement les parties en présence de l'objet revendiqué. Si du temps de Gaius (I, 119 et 122) cette règle générale ne s'appliquait plus aux immeubles, c'est par suite d'une interprétation qui avait sacrifié le droit strict aux exigences de la pratique.

Afin d'éviter aux parties des déplacements gênants et coûteux, on put désormais manciper un immeuble sans l'avoir en sa présence : d'où il résulte que plusieurs immeubles purent être compris dans une seule et même mancipation.

D'ailleurs la chose mancipée était seulement saisie et non pas transférée, par le fait seul de la mancipation ; elle pouvait donc rester en la possession de celui qui la donnait, comme cela se pratiquait très souvent dans la *fiducia* : il fallait pour compléter la mancipation, la remise effective de la chose, ou tradition.

Dans la mancipation, comme dans le *nexum*, la balance est l'élément essentiel de l'acte, c'est elle qui lui imprime son caractère juridique. Son emploi rappelle le mode le plus ancien et le plus naturel de payer : en pesant. Le rôle du *libripens* (*libra pendere*)

était donc sérieux à l'origine : il était partie à l'acte et avait une formule à prononcer : *raudusculo libram ferito*, laquelle était vraisemblablement une invitation adressée à l'acheteur de frapper la balance avec le métal afin d'en vérifier la pureté au moyen du son, *ære percutere libram* (1).

Plus tard le rôle de libripens devint complètement inutile ; en effet, à la pesée réelle on substitua le fait de frapper la balance avec un lingot d'airain qu'on remettait ensuite à l'autre partie : c'était un prix fictif (Festus V° *Rodus*). Peu importait, au point de vue de la validité de la mancipation, qu'il y eût, soit avant, soit après, un paiement réellement effectué ou qu'aucun paiement ne suivît, comme c'était le cas dans la donation et la mancipation avec pacte de fiducie.

Tous ces gestes extérieurs qui constituaient l'élément matériel de l'acte étaient complétés par la *nuncupatio* ou formule déclarative de l'intention des parties. Dans la vente, l'*accipiens* seul prononce les *certa verba*, tandis que dans le testament les deux parties jouent un rôle actif : l'*emptor familie* affirme son droit sur le patrimoine du testateur et celui-ci, qui tient la place du mancipant, y répond par des paroles sacramentelles (Gaïus, II, 104) ; d'ailleurs dans le testament qui parlerait, sinon le testateur ? Il est incontestable que la formule de la *nuncupatio* fut d'abord inflexible ; celles que Gaïus et Ulpien nous ont conservées ne sont, en quelque sorte, que des modèles que les parties n'avaient qu'à remplir sans en rien changer. Mais de bonne heure on admit des tempéraments en cette matière ; la formule du testa-

(1) Jhering, *op. cit.*, t. 3, p. 222, (2° édit. française).

ment contenait déjà certains mots facultatifs (Gaius II, 104) ; au temps de Paul (Frag. Vatic. § 50) la *nuncupatio* comportait une élasticité plus grande encore ; on pouvait y insérer des clauses fort utiles comme la déduction d'une servitude ou l'obligation de garantie.

La *nuncupatio* donnait donc à l'acte sa valeur juridique, tandis qu'en principe il puisait sa force obligatoire dans le fait matériel d'un paiement effectué. Mais lorsque la pesée de l'airain qui avait été d'abord une nécessité de fait, fut devenue au long aller une simple forme concomitante de la mancipation, la position respective des deux éléments constitutifs de l'acte se trouva profondément modifiée ; la *nuncupatio* parut tirer son autorité moins de la prestation elle-même que de l'emploi de la balance. Le rapport intime entre la *nuncupatio* et l'*æs et libra* fut cause du maintien de cette dernière formalité après l'introduction de la monnaie d'argent qui supprimait la pesée (1). Par suite, les opérations d'abord très réelles finirent par devenir purement symboliques ; un lingot d'airain remplaça par fiction le prix véritable. C'est ainsi que la mancipation est décrite par les jurisconsultes classiques : Gaius (I, 119) la présente comme une *venditio imaginaria*.

Cette prestation apparente, mais obligatoire pour transférer efficacement le domaine romain, avait pour but d'éviter toute difficulté quant à la réalité du paiement ; car, en pratique, le prix n'était effectivement payé qu'après l'accomplissement des formalités de la mancipation.

(1) Giraud, *des nexi*, p. 38 et 39.

La mancipation apparaît donc comme un contrat de vente réalisé de suite entre les parties. Mais de ce qu'il y avait paiement immédiat du prix, il ne faudrait pas conclure que la mancipation fut, même au début, une vente au comptant ; peut-être ne doit-on voir dans cette particularité qu'une simple fiction : la mancipation en effet put toujours être employée pour les ventes à terme, cas prévu par la loi des Douze Tables (§ 41 *Instit. Just.* II, 1) ; et pour les conventions qui n'impliquent pas de prix proprement dit, comme l'échange, ou même excluent l'idée d'un équivalent à fournir comme la donation. On ramenait toutes ces opérations au type de la vente au comptant par un procédé analogue à celui qui constitua plus tard la vente *nummouno* ; c'était là un expédient par lequel on donnait force de contrat à des conventions qu'on ne voulait pas laisser sans effet.

Bien que le champ d'application de la mancipation fut restreint aux choses *mancipi*, il était cependant fort étendu ; cette forme solennelle était employée non seulement dans les cas pour lesquels elle avait été imaginée, comme l'aliénation de la propriété ou la constitution des servitudes rurales, mais encore dans beaucoup d'autres hypothèses où le transfert de la propriété n'était plus qu'une fiction : l'acquisition, ou le transfert de la *manus* (mariage par *coemptio*) et du *mancipium* (émancipation), la libération des femmes de la tutelle de leurs agnats et de leur patron, le testament et l'extinction du legs *per damnationem* (Gaïus III, 173, et ss.) La mancipation pouvait donc s'appliquer à presque toutes les matières du droit privé, sauf à la création des obligations.

La mancipation embrassait encore une plus grande

variété d'opérations juridiques, grâce à l'usage des factes adjoints : de même que pour le *nexum*, les parties pouvaient ajouter à la convention principale des clauses accessoires que déjà la loi des Douze Tables déclarait obligatoire en tant qu'elles faisaient partie intégrante de l'acte (VI, 1), et dont l'inexécution entraînait la peine du double (Cicéron, *de officiis* III, 16). Il suffisait, pour atteindre ce résultat, d'une légère modification apportée à la formule ; à côté de la *nuncupatio* principale intervenait une *nuncupatio* accessoire qui énonçait les conditions particulières de l'acte (Gaius II, 104 *in fine* — Ulpien, *Reg.*, XX, 9).

La mancipation pouvait ainsi répondre à tous les besoins de la pratique : par la suite on s'en servit pour conclure des transactions dans lesquelles le transfert n'était qu'un prétexte servant à donner une forme légale à un autre acte.

Cette observation nous conduit à dire quelques mots de la *fiducie*, ou forme primitive de l'hypothèque moderne : un emprunteur qui voulait donner des sûretés à son créancier lui mancipait une chose, qui devait lui servir de gage, meuble ou immeuble, et que celui-ci s'engageait sur sa foi, *fiducia*, à remaniciper au débiteur dès que la dette serait éteinte. Dans ce cas la vente avait lieu pour un prix purement nominal, *nummo uno* ; autrement le créancier n'eût plus trouvé dans la fiducie la garantie de sa créance (1).

(1) Les donations se faisaient également *nummo uno* ; voy. Bruns., *Fontes juris romani antiqui*, 5^e édition, p. 252 et ss. De la comparaison des mancipations faites exceptionnellement *nummo uno* avec les mancipations ordinaires, on peut conclure que dans tout acte de ce genre le prix véritable devrait être indiqué ; les mots indéterminés *hoc ære* étaient insuffisants.

En outre, la mancipation était muette sur cet accord des volontés qui démentait le but naturel de l'acte ; le *pactum conventum*, au lieu de faire corps avec la mancipation et de bénéficier ainsi de la disposition de la loi des Douze Tables, était indépendant de l'acte solennel et reposait uniquement, quant à son efficacité, sur la *fides* de l'adversaire (1). Plus tard, il est vrai, la fiducie fut garantie par une action de bonne foi, bien que la mancipation, qui en était le fondement, appartint par sa forme au *strictum jus* : la différence des actions résultait de la séparation complète de la convention principale et du pacte.

On se servait encore du détour de la mancipation pour constituer un dépôt ou un prêt à usage (Gaius, II, 60), jusqu'au jour où les progrès de la législation firent découvrir des modes moins compliqués et plus sûrs. Remarquons enfin qu'une *mancipatio sub fiducia* intervenait dans les changements conventionnels de l'état des personnes : l'adoption, l'émancipation et l'extinction de la tutelle légitime des femmes et de la *manus*.

IV

IN JURE CESSIO

L'*in jure cessio* est, comme la mancipation, un mode solennel d'aliéner la propriété, mais d'une application beaucoup plus générale. Sa forme ne rappelle

(1) Ihering, *op. cit.*, III, § 52, p. 214.

en rien celle des actes que nous venons d'analyser : ce n'est pas un contrat si l'on s'en tient à l'élément extérieur de l'acte, mais un acte de procédure ; l'aliénation de la propriété est dissimulée sous la fiction d'une action en revendication. L'*in jure cessio* n'est en effet que le simulacre de la *legis actio per sacramentum*, avec toutes les formalités de la *rei vindictio* accomplies en présence du magistrat du peuple romain ; aussi Gaius (II, 24) l'appelle-t-il une *legis actio*. Mais de ce qu'elle exclut l'idée d'un véritable litige, elle appartient à la juridiction gracieuse, et par suite ne peut servir à créer des rapports obligatoires, même accessoirement.

Ce mode d'acquérir est fort ancien : il était déjà reconnu par la loi des XII Tables (Paul, *Frag. Vatic.*, § 50) ; Tite Live (II, 5) en signale une application à la *mammissio per vindictam* dans la première année de la République ; enfin du temps de Cicéron (*Top.* 5) il portait déjà le nom d'*in jure cessio* qu'il conserva par la suite. Les juristes distinguaient désormais jusque dans la terminologie la procédure contentieuse et la juridiction volontaire.

L'*in jure cessio*, ou abandon fait en justice, n'est qu'un jugement d'expédient dont le but est de mettre sous la garantie de l'autorité publique la convention qui se cache sous l'apparence d'un procès. Il existait en matière de procédure un principe général que les Romains formulaient ainsi : *confessus in jure pro judicato habetur* ; c'est sur ce principe, quelque peu détourné de son application originaire, que repose toute la juridiction gracieuse. C'est en même temps un nouvel exemple de l'ingéniosité avec laquelle les juristes savaient plier les actes juridiques

les plus divers aux faits les plus éloignés de leur destination primitive.

L'aliénation consentie au moyen de l'*in jure cessio* exige la présence de trois personnes : celle à qui l'on cède, c'est-à-dire l'acquéreur jouant le rôle de demandeur (*vindicans*) ; celle qui cède la chose, c'est-à-dire le propriétaire vendeur jouant le rôle de défendeur (*injure cedens*) ; enfin le magistrat qui déclare (*addicens*) la propriété, le préteur à Rome et le président dans les provinces (Ulp. *Reg.* XIX, 9 et 10). S'agit-il, par exemple, de la *cessio in jure* d'un esclave, l'acquéreur, tenant l'esclave, affirme solennellement son droit de propriété par cette formule : *hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio* ; puis il remplit les autres formalités de la revendication. Après quoi le magistrat demande au cédant ses moyens de défense. Si le procès était sérieux, le défendeur répondrait par une contre-revendication en prononçant la même formule, et le préteur renverrait les deux parties devant le juge. Ici au contraire, à l'interpellation du préteur, l'aliénateur répond négativement ou garde le silence : cet aveu, exprès ou tacite, confirme la prétention du revendiquant ; par suite aucun renvoi devant un juge n'est nécessaire puisqu'il n'y a pas contestation, et le magistrat prononce lui-même en déclarant que la chose appartient au demandeur.

De la comparaison des passages de Gaius relatifs à la mancipation (I, 119 et 121) et à l'*in jure cessio* (II, 24), on pourrait conclure que ce dernier mode d'aliénation requiert absolument la présence de la chose cédée et par conséquent, s'il s'agit d'un immeuble, le déplacement des parties et du magistrat : en effet, Gaius a soin de nous dire pour la

mancipation que dans l'usage cette formalité n'est pas observée à l'égard des immeubles, tandis qu'il garde le silence en ce qui concerne l'*in jure cessio*. Cependant, en admettant qu'il en ait été ainsi à l'origine, il est peu probable que cette exagération du formalisme se soit conservée jusqu'à l'époque classique, surtout si l'on considère que la revendication véritable de l'immeuble non présent fut admise d'assez bonne heure ; *a fortiori*, dût-il en être de même dans la revendication *feinte*.

L'*in jure cessio* n'étant, en la forme, qu'une revendication, s'appliquait à la fois aux choses pour lesquelles la mancipation était nécessaire (*res Mancipi*) et à celles pour lesquelles la simple tradition suffisait (*res nec Mancipi*) parce que, dans les deux cas, la propriété quiritaire était également transmise et l'action en revendication susceptible d'être intentée. Elle semble donc, à première vue, avoir une importance plus grande que la mancipation : en réalité, elle était d'un usage beaucoup moins fréquent que celle-ci. En effet, à l'égard des *res Mancipi*, la mancipation était presque seule employée parce qu'elle n'exigeait pas le transport des parties auprès du prêteur ou du président de la province : *Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur, quod enim ipsi per nos præsentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum majore difficultate apud prætorem aut apud præsidem provinciæ quærere* (Gaius II, § 25). Quant aux *res nec Mancipi* la tradition était de beaucoup le mode préféré, à cause de sa simplicité. L'*in jure cessio* avait cependant un domaine qui lui était exclusivement réservé et où son utilité pratique était incontestable :

la tradition ni la mancipation ne pouvaient s'appliquer aux droits incorporels, à l'exception des servitudes rurales qui pouvaient être mancipées, tandis que ces droits pouvaient être cédés *in jure* ; telles étaient les servitudes urbaines, l'usufruit etc... Toutefois l'*in jure cessio* ne pouvait s'appliquer aux créances à cause de leur nature juridique particulière : l'obligation n'étant, en effet, qu'un rapport entre deux personnes déterminées, l'une de ces personnes ne peut céder sa place à une autre sans que le rapport primitif soit rompu et remplacé par un rapport et un contrat nouveaux (1) ; seule, la novation permettait de transmettre les créances et les dettes (Gaius II, 38).

Par suite de leur diversité d'application, la mancipation et l'*in jure cessio* quoique tendant au même but, restèrent longtemps en usage l'une à côté de l'autre. D'ailleurs, elles furent promptement détournées de leur destination primitive : la jurisprudence appropriâ ces deux modes d'agir à des opérations qui tendaient souvent à un but autre que le transfert de la propriété. Nous avons vu que les cas où la mancipation était employée symboliquement étaient nombreux ; de même, l'*in jure cessio* rencontrait son application la plus usuelle à l'époque classique dans les droits de famille pour lesquels cependant elle n'avait point été imaginée.

C'est ce qui explique pourquoi ces deux institutions se maintinrent jusqu'à Justinien comme mode normal de transférer la propriété romaine ; mais elles perdirent leur importance à mesure que la propriété naturelle fut mieux protégée par le prêteur. Les

(1) Gide, *Etude sur la Novation*, p. 45.

modes civils qui exigeaient des formalités assez compliquées devaient nécessairement disparaître devant la tradition, mode plus simple et aussi efficace. Enfin les *res mancipi* disparaissant, la mancipation n'avait plus sa raison d'être ; tandis que l'*in jure cessio* était devenue inutile, même à l'égard des choses incorporelles, par l'introduction de la quasi-tradition. Dans le droit de Justinien, la tradition remplace à la fois la mancipation et l'*in jure cessio*.

V

STIPULATION

Jusqu'à présent tous les actes solennels que nous avons étudiés se rapportent à la propriété, au moins d'une manière principale ; nous allons maintenant nous occuper des obligations et du moyen régulier de les créer, la *stipulation*.

La stipulation se compose de deux éléments : une demande du créancier et une réponse concordante du débiteur ; mais cela est insuffisant pour faire comprendre toute son importance, il faut de plus examiner les conditions qui la régissent. Ces conditions sont au nombre de quatre.

1° La présence des parties. La stipulation était de sa nature impossible entre personnes absentes ; elle était de plus inaccessible aux sourds et aux muets.

2° Une question (*interrogatio*) préalable du créancier. C'est la première partie de l'acte, et la plus essentielle, celle qui donne son nom à l'acte tout entier. La rédaction de la demande, et par suite de la

réponse, n'est pas entièrement abandonnée à la volonté des parties ; elles ont le choix entre un assez grand nombre de formules : celle qui est exclusivement réservée aux citoyens romains, *spondes ne? spondeo*, est la plus ancienne et la plus rigoureuse parce qu'elle est étroitement liée au *jus civile*. Les autres formules appartiennent au *jus gentium* ; elles peuvent être employées entre pérégrins, avec les mots et dans la langue que l'on préfère : *dabis? dabo; promittis? promitto*, etc. En outre comme elles sont d'une origine récente, plus d'un tempérament équitable est venu modérer dans la pratique les effets du formalisme ancien.

3° Une réponse (*promissio*) immédiate. Cette condition ne doit pas être exagérée : un long intervalle rompt la liaison entre la demande et la réponse, mais on tolère un intervalle raisonnable afin que le promettant puisse réfléchir à l'engagement qu'il va prendre ; son intention de s'obliger ressortira clairement si aucun fait étranger ne vient s'intercaler entre la demande et la réponse.

4° Une réponse concordante : cela est nécessaire pour que la demande et la réponse forment véritablement un tout et que l'accord des volontés apparaisse clairement. Cette conformité était exigée au double point de vue de la forme et du fond.

Au point de vue de la forme : telle était la rigueur du droit ancien que le promettant devait répéter tout le contenu de la stipulation, et c'était pour lui un gage de sécurité ; plus tard, il put se contenter de répondre par un seul mot : *dabo, spondeo* (1), enfin on

(1) Ihering, *op. cit.*, III, § 52, *in fine*.

admit qu'une simple affirmation suffisait : *quidni?* (Pourquoi pas?) C'était en réalité soustraire la stipulation à l'empire du formalisme.

Au point de vue du fond : la réponse ne devait apporter ni addition ni retranchement à l'interrogation ; elle se rapportait uniquement à l'objet de la demande. Toutefois la question pouvant comprendre plusieurs objets à la fois et par suite former autant d'obligations distinctes. Si la réponse ne s'appliquait qu'à quelques-uns d'entre eux, l'obligation était cependant valable en ce qui concernait les objets compris dans la réponse ; à l'inverse si la réponse du promettant comprenait plus de choses que la demande du stipulant, l'obligation se mesurait exactement sur l'interrogation et n'était pas viciée par des additions superflues.

Ces solutions équitables datent d'une époque relativement récente : dans l'ancien droit, les modifications contenues dans la réponse ne pouvaient pas être acceptées par le stipulant même immédiatement, il n'y avait pas, en apparence, accord complet des volontés, l'acte était nul pour vice de forme. Mais du temps d'Ulpien, cette conséquence rigoureuse du formalisme avait disparu (loi 1, §§ 2 et 3. Dig. 45, 1).

La forme interrogative n'était nullement restreinte à la stipulation ; elle était en usage à l'époque antique dans beaucoup d'autres cas où il ne s'agissait pas de créer une obligation. C'est ainsi que, d'après Plaute, se concluent les contrats de vente : *est ne emptus? est emptus*. L'interrogation avait, en effet, l'avantage de donner aux conventions une expression brève et saisissante et de faire apparaître la volonté avec une entière netteté ; elle renversait la position

naturelle des parties et, en rompant le fil de la conversation, empêchait l'attention de glisser sur une promesse dangereuse : dès que le mot *spondes* retentissait au cours d'une conversation, celui qui avait l'intention de s'obliger était averti que l'entretien jusqu'alors sans portée allait revêtir tous les caractères d'un acte juridique. Une fois la formule solennelle prononcée, la simple *intention* ne pouvait plus être confondue avec la *volonté*.

La stipulation était d'une application courante en droit romain ; elle était d'un usage si fréquent, si universel, qu'il n'est pas de contrat dans les sociétés modernes qui puisse en donner une idée. La stipulation n'était pas en effet, un mode spécial de contracter, mais une forme au moyen de laquelle une obligation quelconque était *fixée* (1) ; tout accord de volontés pouvait faire l'objet d'une interrogation et d'une réponse solennelles. Son importance était encore accrue par ce fait que la stipulation était de son essence unilatérale, comme tous les contrats formels de l'ancien droit ; si l'affaire traitée exigeait des engagements réciproques, il fallait décomposer l'opération en deux stipulations qui, à l'origine, étaient complètement indépendantes l'une de l'autre. Ajoutons enfin que le nombre restreint des actes reconnus par le droit civil et leur complication contribuaient à faire de la stipulation le plus usité de tous les contrats.

Son étendue d'application tenait à la facilité merveilleuse avec laquelle il se pliait à tous les rapports

(1) C'est le sens que donnent les Institutes (III, 13, pr.), à la *stipulatio* : ce mot aurait été formé du vieil adjectif *stipulus* synonyme de *firmus*.

juridiques. La formule de la stipulation était puissante à la fois pour créer les obligations, les transformer ou les détruire : on l'employait soit pour donner force obligatoire à une convention qui par elle-même ne comportait pas de forme mieux appropriée ; soit pour des conventions déjà reçues dans le droit civil comme contrats, mais où l'on faisait intervenir la stipulation comme moyen plus sûr et plus précis ; soit enfin pour des obligations déjà existantes que l'on transformait en obligations verbales.

Dans ce dernier cas, l'un des plus pratiques, l'obligation ancienne perdait sa forme en entrant dans le moule de la stipulation et en sortait avec une forme nouvelle (1) ; la novation romaine n'est qu'une *transformation* dans le sens littéral du mot. L'obligation ancienne pouvait encore dépouiller sa forme première sans en revêtir une nouvelle, lorsque telle était l'intention des parties ; il y avait alors extinction pure et simple d'un droit préexistant, mais non création d'un droit nouveau. Tel était le but de la stipulation aquilienne : une obligation quelconque était transformée en obligation verbale, et éteinte aussitôt au moyen de l'*acceptilatio*, ou quittance verbale.

Mais plus ce mode de contracter était répandu, plus il importait de l'entourer de précautions ; les prudents n'y manquèrent pas, et la stipulation était encore soumise à toutes les conséquences rigoureuses de la forme alors que dans les autres actes solennels elles avaient presque entièrement disparu. Ainsi, les termes sacramentels étaient non seulement la cause, mais encore la mesure de l'obligation. Lorsqu'un

(1) Gide, *De la Novation*, p. 9.

créancier avait échangé avec son débiteur les paroles consacrées : *Mille mihi dare spondes ? Spondeo*, la créance était isolée de sa cause naturelle, comme une vente ou un prêt d'argent ; le débiteur était obligé par cela seul qu'il avait prononcé la formule solennelle de la stipulation. On n'avait donc pas à rechercher l'intention des parties ni leurs obligations réciproques, ou s'attachait uniquement à la formule : en sorte que si la stipulation était régulière en la forme, l'obligation était valable, même si le consentement avait été vicié par un dol ; à l'inverse y eût-il consentement, mais affecté d'un vice de forme, l'obligation n'existait pas.

On comprend que l'équité devait être souvent froissée, la volonté des contractants mutilée par ce mécanisme artificiel et brutal (1). De là cette lutte incessante entre le formalisme et l'équité, lutte déjà engagée du temps de Cicéron et qui se termina par la victoire complète de celle-ci.

Avec le temps la stipulation s'altéra, sa forme s'assouplit peu à peu. Dans le dernier état du droit classique, la *solemnitas verborum* subsiste pour l'interrogation, mais elle est devenue facultative pour la réponse : il suffit que l'une et l'autre s'enchaînent de manière à former une opération unique (2). Au Bas-Empire l'usage et les constitutions impériales introduisirent des principes encore plus libres : une constitution de Constantin de l'année 342 (loi 1, Cod. 2, 58), s'appliquant à l'ensemble des formules de contrats, ordonna qu'elles fussent expurgées de toutes les inutilités qui nui-

(1) Gide, *op. cit.*, p. 27.

(2) M. Accarias, II, p. 211.

saient à la rapidité des affaires. Mais cette réforme ne devait être réalisée que par l'empereur Léon le Philosophe : dans une constitution de 469 ce prince abolit entièrement la nécessité des paroles solennelles, en exigeant seulement des parties une volonté claire et précise en quelques termes qu'elles s'exprimassent (loi 10 Cod. 8, 38). Cependant la forme orale de la stipulation restait encore nécessaire ; mais ce ne fut pas pour longtemps : un dernier changement, le plus important de tous, fut apporté par Justinien (loi 14 Cod. 8, 38 ; — Inst. III, 19 § 12 et 20 § 8). L'écrit tint lieu de stipulation et fut désormais inattaquable.

A un autre point de vue on remarque des progrès analogues : le droit ancien ne connaissait que l'interprétation littérale, le droit nouveau distingue le mot et la volonté ; ce qu'on recherche avant tout c'est l'intention des parties (loi 219 Dig. 50, 16 — loi 3 § 9 Dig. 34, 4) parce que la *solemnitas verborum* a fait place au *nudus consensus* ; les actes formels n'existant plus qu'à l'état d'exception, la *rigor juris civilis* perdait sa raison d'être.

Les jurisconsultes romains, Cicéron entre autres, s'étaient élevés de bonne heure contre l'abus des formules dont la rigueur avait encore été exagérée par la pratique ; après plusieurs siècles de luttes on proclama le principe contraire : toutes les fois que la loi ne prescrit pas expressément une formalité déterminée, les parties sont libres d'exprimer leur intention comme bon leur semble, le principe de la forme libre est en même temps celui de la volonté nue (loi 4 § 5 Dig. 22, 4 ; loi 1 Cod. 2, 58). « On ne garda de formes que celles qui étaient nécessaires pour garantir l'authenticité et montrer qu'on avait agi sé-

rieusement après délibération. Alors l'idée de contrat a été pleinement développée, ou, pour parler comme les Romains, les contrats ont été absorbés par les pactes » (1). C'est l'application d'une règle commune à toutes les législations; la forme des conventions est d'autant plus simple que la civilisation est plus avancée. Désormais le consentement peut être donné dans une forme quelconque : par écrit, verbalement, ou même par geste; on peut même contracter une obligation par lettre missive. Ce sont déjà les principes du droit moderne.

(1) S. Maine, *op. cit.*, p. 297.

CHAPITRE III

LA PUBLICITÉ ET LA PREUVE

Jusqu'ici nous n'avons étudié qu'un des éléments de la forme : la solennité. Il nous faut maintenant aborder, pour avoir une idée complète sur ce sujet, la publicité et la preuve. Cela va nous conduire à examiner de nouveau, mais sous un autre aspect, les mêmes actes que dans le chapitre précédent. En effet de la forme résultait, en général, ou bien une certaine publicité donnée au contrat ou bien la possibilité d'en établir l'existence. Quelques actes réunissaient ces trois caractères de la forme : tels sont ceux qui étaient passés en présence du peuple ou des *classici testes* (~~testament~~ *calatis comitiis*, adrogation, *nexum*, mancipation). Mais le plus souvent ils étaient séparés : Ainsi l'élément probatoire faisait presque entièrement défaut dans les actes accomplis en présence du prêteur et du censeur, parce qu'il n'y avait point de témoins solennels ou préconstitués et que les registres du cens n'étaient à l'origine qu'un moyen de preuve fort imparfait. En outre il y avait un acte, la stipulation qui était simplement solennelle : les témoins qu'il plaisait aux parties de faire intervenir au contrat, ne constituaient nullement une condition de forme.

I

LA PUBLICITÉ

La publicité des relations juridiques est un trait fondamental de la première époque du droit romain. On peut citer comme particulièrement caractéristique la publicité des testaments, exigeant d'abord le concours du peuple assemblé dans ses comices, et se conservant ensuite quoique plus restreinte dans le testament *per æs et libram*. Nulle part cependant la publicité n'est plus gênante que dans les testaments et les Romains de l'époque postérieure le reconnurent eux-mêmes lorsqu'ils introduisirent les testaments secrets. Dans un ordre d'idées différent, les rôles du cens avaient pour but de porter à la connaissance des tiers la situation des fortunes privées et d'assurer ainsi le crédit personnel à défaut du crédit réel.

L'intervention de l'Etat dans les actes de la vie civile est donc largement développée à l'époque antique : elle n'est requise, il est vrai, que pour les actes qui dérivent du droit civil, c'est-à-dire du droit national. Quant aux actes qui ont leur origine dans le droit des gens comme la *tradition*, ils sont en dehors de la sphère des droits reconnus par l'Etat, et par suite ils ne sont soumis à aucune formalité.

A Rome, les droits les plus importants sont reconnus et sanctionnés par l'autorité publique. Cette reconnaissance est directe lorsque le peuple réuni dans ses comices donne solennellement son adhésion à

l'acte ; elle est indirecte lorsque l'acte est simplement conclu en présence des magistrats du peuple romain ou des *classici testes*. De là cette division tripartite des actes, selon qu'ils exigent le concours du peuple lui-même, des autorités publiques ou des témoins, division qui, dans une certaine mesure, répond au développement historique des contrats.

I. Concours du peuple. — Observons tout d'abord que dans ces actes nous trouvons les trois caractères de la forme : la publicité, puisque tout le peuple assiste à l'acte ; la solennité, car les formalités qui entourent ces actes sont nombreuses et le fait même de l'intervention du peuple en est la plus typique ; enfin, le souvenir de l'acte est suffisamment assuré, puisque tous ceux qui ont été témoins de sa formation pourront au besoin le prouver.

Lorsqu'un acte exige le concours du peuple, il est conclu soit devant l'assemblée générale du peuple qui avait lieu deux fois par an à Rome, soit devant l'armée réunie au camp. Les actes qui sont ainsi portés à la connaissance de tous sont les plus importants de l'époque antique : le *testamentum calatis comitiis* et l'adrogation qui, lorsqu'ils requièrent la coopération de l'armée prennent les noms de *testamentum in procinctu* et d'*adoptio pro concione*. Grâce à cette large publicité, les créanciers d'un débiteur qui voulait se laisser adroger avaient l'occasion de faire valoir leurs prétentions en temps utile. La forme orale du testament rendait le même service aux parents du testateur. La publication de ses dernières volontés devant tout le peuple était en fait une sérieuse garantie contre l'abus de la liberté de tester en même temps qu'une preuve d'indépen-

dance morale : il fallait au citoyen romain un certain courage pour faire ostensiblement de semblables dispositions qui, de son vivant même, étaient soumises à la critique des parents qu'il avait déçus dans leurs espérances.

La question s'est élevée de savoir si le peuple réuni dans ses comices devait voter ou, au contraire, se bornait à enregistrer les volontés du testateur et de l'adrogeant. La première opinion est aujourd'hui la plus accréditée (1). Dans le système contraire, le peuple romain tout entier est assimilé à un témoin ordinaire dont le rôle est de constater un fait. Or il est invraisemblable que l'on ait usé d'un procédé aussi incommode pour atteindre un but auquel on pouvait parvenir, d'une manière plus rapide, à l'aide de quelques témoins ; on réduit ainsi le testament et l'adrogation à n'être plus que des actes de procédure. Il est probable que l'intervention du peuple était plus active : Aulu Gelle (V. 19), nous dit que l'adrogation était confirmée par une *lex* ; le peuple étant appelé à voter, il s'ensuit qu'il pouvait aussi bien refuser qu'accorder son approbation. Par raison d'analogie nous devons admettre la même solution pour le testament : en édictant une loi qui confirmait les dispositions du testateur et par suite en les plaçant sous la garantie publique, on prévenait les contestations qui auraient pu surgir après sa mort au sujet de la validité d'un tel acte manifesté seulement devant de simples témoins, dont le nombre, quelque grand qu'il fut, n'aurait jamais pu lui procurer la même sûreté d'exé-

(1) Ihering, *op. cit.*, I, § 13, p. 147 ; Mommsen, *Rom. Geschichte*, I, p. 156, 4^e édition.

cution ultérieure. Ce que nous savons sur les effets des testaments vient à l'appui de ces conjectures : ils dépassent, de beaucoup la force des actes privés et revêtent une autorité que l'on ne trouve que dans les lois ou les décrets du peuple. Il suffit de citer la célèbre disposition de la loi des XII Tables : *uti legassit de pecunia tutelave suae rei, ita jus esto* ; le légataire acquiert *ipso jure* la propriété de la chose léguée, ce qui n'arrive jamais que pour les concessions faites par le peuple ou ses mandataires ; enfin, tout acte juridique de l'ancien droit produit ses effets sur le champ, le testament, au contraire, dispose comme une loi sur des rapports de droit futurs (1).

II. *Concours des autorités publiques.* — Les actes juridiques qui exigent le concours des autorités publiques se rapportent à l'état des personnes et à la transmission de la propriété ; ils sont conclus en présence du Censeur ou du Préteur. Devant le Censeur, on ne peut citer comme acte formel relatif au droit privé que la *manumissio censu*, laquelle se rattache intimement à la confection des registres du cens par le même magistrat. Devant le Préteur : toutes les formalités de la procédure *in jure*, et en outre les actes de la juridiction volontaire sous la forme de l'*in jure cessio*. Ce mode de contracter n'a pas le caractère de rudesse qui distingue les actes des premiers siècles de Rome : il appartient à une époque où l'on savait déjà traiter les actes avec plus de liberté. Une fois établie, cette forme moins gênante pour les parties que le concours du peuple, se répandit de plus

(1) Ihering, *loc. cit.*, p. 149.

en plus : certains actes comme l'affranchissement se sont rajeunis au moyen de l'*in jure cessio*, tandis que d'autres y rencontraient pour la première fois une forme garantissant leur existence.

La *manumissio vindicta* semble être le plus ancien cas d'application de l'*in jure cessio* (Tite Live II, 5); elle présentait sur la *manumissio censu*, outre une plus grande commodité dans la forme, l'avantage d'être praticable en tout temps, et non pas seulement tous les cinq ans. Toutefois la forme ancienne ne fut pas éclipsée par la forme nouvelle, car la garantie qui résultait des rôles du cens était la plus forte qu'on put imaginer. L'émancipation et l'adoption ne se sont introduites qu'après la loi des XII Tables ; cette loi avait ainsi réglé la dissolution de la puissance paternelle : *si pater filium ter venunduit, filius a patre liber esto*. Une application détournée de ce principe fut imaginée pour arriver soit à l'émancipation des personnes *alieni juris*, soit au transfert de la *patria potestas* à un autre *paterfamilias* ; du reste ce moyen si peu commode des trois ventes successives était en parfaite harmonie avec les liens si puissants de la *patria potestas*. Quant aux autres cas d'application de l'*in jure cessio*, on ne peut fixer d'une manière, même approximative, l'époque de leur apparition.

Le concours des autorités religieuses était également exigé dans les actes qui modifiaient la composition de la famille ou touchaient à la religion domestique. Un avis préalable du *pontifex maximus* ou du *flamen dialis* était requis dans le testament *calatis comitiis* et l'adrogation qui se trouvaient intimement liés aux *sacra privata* ; il en était de même dans le mariage religieux, ou *confarreatio*. D'abord sérieux,

tant que dura l'austérité des mœurs romaines, cet élément accessoire de la publicité ne fut plus à la longue qu'une pure formalité.

III. — Concours des Témoins. — La présence des témoins dans les actes juridiques peut-être requise dans un double but : ou bien ils constituent un élément essentiel de l'acte, ou bien ils interviennent seulement en vue de la preuve. La première hypothèse est celle qui se réalise le plus fréquemment dans les actes solennels ; la seconde ne se présente que dans la stipulation. Mais, par la force même des choses, la première fonction se ramène à la seconde, car quelle que soit la raison de l'intervention d'un témoin à un acte, il peut toujours déposer sur le fait qui s'est accompli devant lui. C'est donc à propos de la preuve que nous allons étudier le rôle des témoins dans les actes du Droit romain.

II

LA PREUVE

Dans un système de contrats où la forme réside tout entière dans les solennités orales, la preuve testimoniale est la seule possible.

Nous avons déjà dit que les témoins peuvent être solennels ou simplement probatoires. A un autre point de vue, ils sont préconstitués ou accidentels : dans le premier cas, ils sont amenés par les parties au moment où le contrat se forme pour en constater spécialement la naissance ; c'est une preuve préparée en quelque sorte à l'avance pour la sécurité des

parties lorsqu'elles ont besoin de conserver le souvenir de telle ou telle convention. Dans le second cas, ils ont constaté l'existence du contrat à un moment quelconque, ils se bornent à attester le fait qui leur a révélé l'existence du contrat. Nous allons suivre le développement parallèle de ces deux systèmes en Droit romain.

L'imperfection du témoignage oral, si on le compare au témoignage écrit, exige à l'origine la multiplication des témoins au-delà de ce qui serait raisonnable dans les temps modernes (1) : un nombre illimité dans la *cretio*, ou addition solennelle d'hérédité ; dix dans la *confarreatio* ; cinq dans le *nexum*, la mancipation, le testament *per æs et libram*, le mariage par *coemptio*, etc. Ce dernier chiffre est donc le chiffre normal : selon toute vraisemblance il est apparu après la constitution de Servius-Tullius comme représentant les cinq classes de censitaires établies par ce roi. Au reste, on peut citer au moins un cas où les cinq témoins tiennent la place du peuple tout entier : c'est celui du testament *per æs et libram* succédant au testament *calatis comitiis*, et, malgré sa forme nouvelle, continuant à être sanctionné par le peuple parce qu'il était approuvé par ses représentants. Si les témoins représentent le peuple dans le testament, pourquoi n'en serait-il pas de même dans tous les actes qui exigent l'emploi de l'airain et de la balance (*nexum* et mancipation) parmi lesquels rentre le testament ? « Les anciens, en effet, avaient coutume de s'assurer pour les actes les plus importants entre vifs la même protection que

(1) S. Maine, *l'Ancien droit*, p. 193.

pour les testaments. Quoiqu'il en soit, il est certain que les droits créés par la mancipation se fondent sur l'autorité du peuple et que nous pouvons les considérer comme publiquement garantis (1). »

Ainsi, de par l'intervention des témoins, le *nexum* et la mancipation jouissaient de tous les avantages de la forme : ils étaient publics puisque les *classici testes* représentaient les cinq classes du peuple ; ils étaient solennels puisque la présence de ces mêmes témoins et du *libripens* était un élément constitutif de l'acte ; de plus, ces témoins dont le concours était indispensable à la formation de l'acte pouvaient en prouver l'existence ; ils étaient donc à la fois solennels et préconstitués. Toutefois, la multitude des actes auxquels assistaient les *classici testes*, témoins de profession, devait en fait diminuer beaucoup la valeur de leur témoignage, à cause des chances d'erreur qu'il présentait.

On voit par là quel rôle important jouaient les témoins dans la vie juridique de Rome : leur participation aux actes solennels du droit ancien était le symbole de l'intervention du peuple tout entier. Il importe donc de rechercher quelle était l'origine de cette institution et de voir comment elle était organisée.

A l'origine, les témoins préconstitués (*testes alligati*) sont des garants ; ils doivent coopérer à l'exécution de l'acte auquel ils ont assisté ; ils sont pour ainsi dire coauteurs. Aussi sont-ils choisis parmi les parents les plus proches des parties, car il ne s'agit pas de trouver des personnes dignes de foi, mais des

(1) Ihering, *op. cit.*, t. 1, § 13, p. 151.

garants ; et cet usage persista dans le Droit nouveau, même pour le testament. En réalité, le *testis alligatus* est une personne de confiance, il trahirait cette confiance s'il refusait son concours actif, ou, à l'époque postérieure, son témoignage. L'obligation qu'il a contractée en assistant à un acte est une obligation morale, mais stricte, sanctionnée dès que l'État fut organisé par la peine la plus forte que l'on connût : celle de l'opinion. Le reproche d'intestabilité marquait d'infamie celui qui l'encourait ; l'*intestabilis* était à la fois incapable de tester et de servir de témoin dans les actes solennels, c'est-à-dire dans presque tous les actes de la vie civile (Aul. Gelle VII, 18), il était mort pour les relations. Mais déjà du temps des XII Tables le rôle des témoins se réduisait à une simple déposition ; cette loi répute *improbis et intestabilis* celui qui, ayant servi de témoin dans un acte solennel refuse de déposer en cette qualité (Aul. Gelle XV, 13, 11).

Toutefois, même dans l'ancien Droit, tous les témoins n'étaient pas aussi rigoureusement tenus ; celui qui avait assisté à un acte sans être invité, en d'autres termes être le témoin accidentel n'avait aucune obligation ; il pouvait refuser son témoignage parce que sa présence n'avait aucune importance au point de vue de la forme de l'acte. Mais ce n'est là qu'une exception : l'intervention des témoins est, en règle générale, un élément essentiel de l'acte, une condition de forme.

Dans le Droit classique, le rôle des témoins diminue : leur intervention n'est plus requise *ad solemnitatem* que dans les testaments et codicilles. Dans la plupart des actes, même dans la mancipation, la pré-

sence des témoins est alors considérée comme destinée uniquement à assurer, en cas de contestation, la preuve de l'accomplissement régulier des solennités légales.

Enfin il existe une autre sorte de témoin dont l'intervention même à l'époque antique n'est pas requise *ad solemnitatem* : c'est celui qui est appelé par les parties dans le but unique de faciliter la preuve de la convention accomplie devant lui. Son office se borne à déposer de ce qu'il a vu, de ce qu'il sait, de la même façon qu'un témoin accidentel. Tel est le caractère des témoins qui interviennent dans la stipulation ; leur présence ou leur absence n'influe en rien sur la validité de celle-ci ; ce n'en est qu'un élément purement accessoire.

DEUXIÈME PARTIE

LES ÉCRITS

Si en l'absence de l'écriture le formalisme présente des avantages incontestables et remplit dans la plupart des cas sa destination tutélaire, on peut à bon droit lui reprocher deux défauts qui lui sont inhérents : ses dangers et son inconvénient ; ses dangers puisque les contractants avaient à redouter des vices de forme sans nombre, son inconvénient puisque le contrat le plus insignifiant exigeait tout l'appareil des formes juridiques.

La nécessité d'un commerce rapide, et souvent aussi des considérations de convenances, devaient faire négliger les formes légales. Or les affaires ainsi conclues ne comportaient aucune sécurité ; un acte informe était sans effet juridique : son exécution dépendait uniquement de la bonne foi de l'obligé et de sa crainte de l'opinion publique. Les Romains qui de bonne heure tendirent à se débarrasser du joug de la forme simplifièrent d'abord le cérémonial ancien et ensuite régularisèrent le système de la pratique : ainsi naquirent d'une part les contrats consensuels, si utiles pour les relations commerciales, et d'autre part les pactes qui dénués de toute action à l'origine

furent à la longue reconnus par le Préteur et produisirent alors les mêmes effets qu'un acte solennel.

Les cérémonies antiques, fondées sur l'expression orale furent peu à peu remplacées par des formalités nouvelles où l'écriture tenait la plus grande place. Nous avons vu en effet qu'un des avantages de la forme, était d'assurer la preuve ultérieure de l'acte. Or la rédaction d'un écrit présentait au point de vue de la preuve du contrat, plus d'utilité que sa conclusion en présence du peuple ou devant témoins. La mémoire ne conserve habituellement que le souvenir du sens de l'acte sans en retenir les termes précis ; il est cependant des circonstances où il importe de fixer ceux-ci avec exactitude, surtout lorsqu'il s'agit d'un acte contenant des dispositions nombreuses et compliquées. De plus le souvenir de l'acte oral dépend de la mémoire et de la vie des témoins ; enfin avec les formes orales il faut mettre les assistants au courant de ses affaires, tandis que l'*instrumentum* en assure le secret.

Ces avantages de la forme écrite sur la forme verbale devaient amener insensiblement les Romains à substituer la première à la seconde, mais il leur fallut de longs siècles avant d'arriver aux *instrumenta publica*, tels qu'ils fonctionnèrent au Bas-Empire.

A la vérité, dès l'époque antique, les Romains usèrent d'annotations écrites dans les actes importants du droit privé, comme pour les registres du cens ; mais c'était à côté de la parole et non à sa place. L'écrit dressé à la suite de la conclusion orale d'un acte n'avait par lui-même aucune importance, c'était un simple memorandum. Dans un cas particulier, la forme écrite concourait avec la forme orale : le testa-

ment privé, par écrit, permettait au testateur de cacher son contenu ; celui-ci se bornait à affirmer solennellement en présence des témoins que les tablettes cachetées qu'il tenait à la main contenaient l'expression de ses dernières volontés (Ulpien, *Reg.*, 20, § 9). Pareille faculté existait à propos des contrats ; on pouvait promettre de donner ce qui était désigné dans un document scellé (loi 18, § 3, D. 45, 3 — loi 47, § 1, D. 46, 1). Mais cet état de choses date d'une époque relativement avancée : dans le droit ancien le simple renvoi à un écrit sans en reproduire le contenu n'était pas permis et l'on devait procéder à la lecture de l'acte entier (1).

L'écriture servit donc dans le principe à suppléer aux inconvénients de la forme orale en facilitant la preuve des conventions : il est un cas cependant où dès lors qu'elle intervient *ad solemnitatem* c'est celui du contrat *litteris*.

Mais le contrat *litteris* ne conserve pas ce caractère au-delà du droit classique ; sous Justinien, si tant est qu'il existe encore, il a perdu sa forme solennelle. La simplification graduelle de ce contrat et l'emploi de plus en plus fréquent des *chirographa* donnèrent naissance dès l'époque classique, à un ordre de choses nouveau : entre le formalisme oral et les *instrumenta publica* il existe une période intermédiaire où l'écrit dressé à l'occasion d'un acte solennel et pour le prouver tient lieu de cet acte ; il n'est pas nécessaire que l'écrit soit public mais il faut qu'il soit reconnu vrai par celui auquel on l'oppose ; la preuve de l'acte équivaut à sa formation, quand bien

(1) Ihering, *op. cit.*, III, p. 278, § 154.

même il n'aurait jamais existé. En fait, le lien de droit se forme par l'écriture : le formalisme de l'écriture remplace celui de la parole.

L'influence de l'écriture sur la formation des contrats s'exerça par trois ordres de faits différents qui se développèrent parallèlement sans avoir l'un sur l'autre aucune action. Dans quelques hypothèses le droit prétorien et les constitutions impériales, considèrent l'écrit comme un élément essentiel du contrat, mais les formes nouvelles ne rappellent en rien celles du contrat *litteris*, elles sont beaucoup plus simples. En second lieu, les parties peuvent subordonner l'existence de la convention à la rédaction d'un écrit. Enfin, quand il s'agit de la stipulation, la pratique assimile l'écrit à l'acte qu'il sert à constater, peu importe en fait que les formalités légales n'aient pas été accomplies, on présume qu'elles ont eu lieu. L'obligation découle de la mention écrite de la stipulation, comme elle résultait autrefois de l'inscription sur le *Codex*.

Ainsi, en dehors du contrat *litteris*, l'écriture s'introduit dans la pratique à l'occasion de la preuve, tient lieu ensuite des solennités orales ; enfin, avec les actes insinués aux archives, assure la publicité des contrats.

CHAPITRE PREMIER

LE CONTRAT LITTERIS

Le contrat littéral n'est en principe que l'enregistrement effectué par les deux parties d'une dette d'argent établie d'une autre manière : c'est ce que prouvent les expressions : *expensum* et *acceptum ferre*. D'après son but originaire cet acte n'était qu'un moyen de preuve, puisqu'il ne faisait que reconnaître une obligation préexistante. Mais cette reconnaissance ayant une force probante absolue devint par la suite un mode particulier de s'obliger, indépendant de la conclusion de tout autre contrat : dès lors le contrat *litteris* put être classé parmi les actes solennels.

L'usage du contrat littéral remonte assez haut dans l'histoire de Rome : d'après Tite-Live (24, 18 et 35, 7) il existait déjà du temps des guerres puniques. C'était avons-nous dit, le dernier démembrement de l'antique *nexum*, servant de transition entre le formalisme rigoureux de l'époque primitive et les principes nouveaux sur l'effet du consentement.

Cicéron nous rapporte que de son temps chaque citoyen avait coutume de tenir des livres ou des registres domestiques (*tabulæ*, *codex*) sur lesquels il mentionnait jour par jour les opérations de toute nature relative à sa fortune. L'austérité et la foi des premiers Romains donnèrent à ces tables domesti-

ques un caractère de sanction publique et presque religieuse ; de là le soin que l'on apportait à leur tenue (Cic. *pro Q. Roscio com. orat.* III, §§ 1 et 2 ; *Pro Cluentio* § 30). Cette institution nationale est née du grand esprit d'ordre des Romains ; les livres domestiques donnaient au propriétaire lui-même et, le cas échéant, aux tiers, un aperçu constant de la situation de ses affaires. Sans aucun doute ils eurent une grande influence sur le système du crédit personnel : la décadence de cette institution marque l'avènement du crédit réel.

Les Romains tenaient deux sortes de livres : les *adversaria* et le *codex accepti et expensi*.

Les *adversaria* correspondent à notre livre-journal : le père de famille y notait provisoirement ses opérations journalières telles qu'elles se présentaient en attendant qu'il les eut liquidées et réglées soit par une *stipulatio* soit par une mise au net sur son codex (*transcriptio*). Le dépouillement des *adversaria* avait lieu régulièrement tous les mois ; seules les mentions qui devaient être consignées dans les *tabulæ* y étaient reportées avec méthode. A cette différence de tenue correspondait une différence d'importance entre les *adversaria* et le *codex* : les premiers n'avaient aucune autorité en justice tandis que les énonciations portées sur le second constituaient des éléments de preuve dignes de confiance (Cic. *pro Rosc.* III § 2).

Le report sur les *tabulæ* des opérations mentionnées dans les *adversaria* n'était qu'un moyen d'en conserver le souvenir. Dans ce cas l'utilité du *codex* était à peu près semblable à celle de nos livres de commerce ; placé dans la maison romaine à côté de la caisse (*arca*) il en était l'auxiliaire indispensable.

C'était non pas un grand livre, ce qui supposerait un grand mouvement d'affaires, mais un simple livre de caisse, servant à inscrire les recettes et les dépenses. Telle est aujourd'hui l'opinion la plus accréditée (1). D'ailleurs, un passage de Pline (Hist. nat., II, 7) indique assez clairement que dans les *tabulæ* il y avait une sorte de rédaction en partie double ; une page pour l'*acceptum* et une autre pour l'*expensum* « *Huic omnia expensa, huic omnia feruntur accepta: et in tota ratione mortalium sola utramque paginam facit.*

On inscrivait dans le code, d'abord les créances de la caisse (*nomina arcaria*), puis les ventes, achats, stipulations, etc. Chaque fois qu'un citoyen romain touchait une somme à un titre quelconque, il la portait sur son livre à la colonne de l'*acceptum*, et inscrivait le nom (*nomen*) du débiteur ou du prêteur avec cette mention : *Primis Kalendis jan. a Titio numerata S. centum* : c'est ce qu'on appelait *acceptum latum, acceptilatio*. A l'inverse, chaque fois que de l'argent sortait de la caisse, le père de famille inscrivait sur son code à la colonne de l'*expensum* : *Primis Kalendis jan. Titio numerata S. centum* ; c'est ce qu'on appelait *expensum latum, expensilatio*.

Toutes les inscriptions de créances portaient la désignation commune de *nomina*, expression qui, par la suite, désigna l'obligation elle-même ; en outre, comme c'est de la caisse qu'est partie la somme et qu'est née la créance, celle-ci porte le nom d'*arcarium nomen*. Mais Gaius a grand soin de dire que les *arcaria nomina* servent non pas à former mais seu-

(1) Gide, *op. cit.*, p. 186.

lement à constater l'obligation « *quæ arcaria vocantur : in his enim rei, non litterarum, obligatio consistit, quippe non aliter valet quam si numerata sit pecunia ; numeratio autem pecuniae re facit obligationem ; qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere* (III, § 131). L'inscription des *arcaria nomina* ne constitue donc pas le contrat *litteris*. La formation de ce contrat se lie intimement aux *nomina transcriptitia*, sorte de prêt fictif que nous allons expliquer.

Si en effet les deux parties s'accordent l'une à tenir la somme pour pesée et donnée (*pecunia expensa lata*) l'autre à la tenir pour pesée et reçue (*expensa relata*) et à la porter comme telle sur le codex, il se forme un contrat qui a sa *causa civilis* dans l'écriture, l'inscription seule crée l'obligation ; on ne se réfère plus à un fait préexistant, mais à la pesée *per æs et libram* qu'on suppose accomplie. Peu importe que cette obligation soit valable ou nulle, réelle ou supposée, qu'elle ait eu lieu sans cause ou sur une fausse cause, il suffit qu'elle figure dans la formule écrite. Voilà l'inscription sur le codex qui porte le nom de *nomen* par excellence.

De même que dans la stipulation, il y a dans le contrat littéral deux parties, chacune avec un rôle distinct : l'une inscrivant le *nomen*, l'*expensilatio*, en la formule consacrée, l'autre donnant l'ordre de l'inscrire ou tout au moins son consentement préalable. Mais à la différence de la stipulation, le contrat littéral peut avoir lieu entre absents. Gaius (III, § 138) le dit positivement, et Cicéron (pro Roscio III § 3) le laisse entendre puisqu'il nous dit que le créan-

cier peut faire cette inscription à sa convenance sans l'assistance ni de l'autre partie ni de témoins : en effet, il pouvait arriver qu'il n'en prit note d'abord que sur son brouillon mensuel, et qu'il n'opérât l'inscription sur son codex qu'à plus tard en faisant régulièrement le report de ses notes tous les mois (1).

Mais l'écriture est-elle indispensable de part et d'autre ? Le contrat littéral exige-t-il pour sa perfection que le créancier écrive sur son registre et que le débiteur écrive également sur le sien, ce qui aurait pour résultat d'autoriser le créancier, pour s'assurer de sa créance, à vérifier les livres de son débiteur ? L'analogie entre la stipulation et l'expensilation, et, mieux encore, le rapprochement que Gaius (III, § 137) établit entre ces deux contrats solennels semblent nécessiter pour la formation de l'une comme de l'autre obligation deux actes réciproques des parties. Nulle part cependant cette inscription bilatérale n'est requise ; les textes représentent toujours l'inscription du *nomen* comme un acte unilatéral du créancier et Cicéron parlant d'une inscription qui ne serait pas reproduite sur le livre du débiteur, en conteste non pas la validité mais seulement la force probante (Cic. pro Roscio III § 1). D'ailleurs jamais dans les actes solennels la loi romaine n'attribue aux deux parties un rôle égal : le principal auteur c'est toujours celui qui acquiert. Dans la stipulation c'est lui qui prononce la formule obligatoire pendant que son adversaire l'écoute et se borne à répondre par un simple mot. Dans le contrat littéral c'est le créancier qui a

(1) Ortolan, *Expl. des Instit.*, III, p. 249.

le rôle actif, c'est son inscription qui est essentielle ; il faut, bien entendu, que le débiteur y consente, mais son consentement peut être donné dans une forme quelconque, et le créancier peut l'établir par tous les moyens possibles.

Il est certain toutefois que c'était un devoir pour le débiteur d'inscrire sur son registre comme reçue la somme qu'il avait autorisé le créancier à inscrire sur le sien comme pesée et donnée : ne pas écrire l'un ou écrire faussement l'autre étaient deux actes d'improbité également honteux. La concordance entre les deux registres était le mode normal de formation du contrat *litteris*, mais ce n'était pas une condition essentielle pour l'existence de l'obligation : le défaut d'inscription sur le registre du débiteur n'empêchait pas l'obligation d'exister, de même que l'inscription sans ordre du débiteur sur le registre de celui qui se prétendait créancier ne le faisait pas naître.

Du temps de Gaius le contrat *litteris* n'était usité que dans deux hypothèses : soit en cas de *transcriptio a re in personam*, soit en cas de *transcriptio a persona in personam*. De là l'appellation spéciale de *nomen transcriptitium* donnée à ce contrat à l'époque classique, puisque son étendue d'application était limitée aux deux opérations qui viennent d'être énoncées. Il y a *transcriptio a re in personam* si par exemple étant votre créancier pour une certaine somme en vertu d'une vente, d'une société ou d'un louage, j'inscris cette somme sur mon livre comme vous l'ayant prêtée. Il y a *transcriptio a persona in personam* si par exemple étant créancier de Titius pour une certaine somme, j'inscris cette somme sur mon livre comme vous l'ayant prêtée, en d'autres ter-

mes si vous m'êtes délégué par Titius (Gaius III, § 128 à 130).

Dans les deux cas le contrat littéral consistait non pas en une seule inscription ou *expensilatio*, mais en deux inscriptions corrélatives sur le même codex : une *acceptilatio* et une *expensilatio* qui, se faisant pour ainsi dire contre-poids, maintenaient en équilibre la balance des comptes (1). Sans cette double formalité les *nomina transcriptitia* se fussent confondus, dans la forme, avec les *nomina arcaria* puisque le livre de caisse devait également relater les prêts fictifs et les prêts réels : ces deux espèces de *nomina* différant profondément dans le fond il fallait bien qu'ils différassent ainsi dans la forme. En réalité le *nomen arcarium* supposant un déboursé effectif ne pouvait figurer que dans la colonne de l'*expensum*, tandis que le *nomen transcriptitium* n'ayant rien coûté à la caisse, il fallait balancer l'*expensilatio* par une *acceptilatio* équivalente. Le *nomen arcarium* n'était qu'une opération de caisse, le *nomen transcriptitium* consistait en une opération d'écriture (*transcriptio*) de sorte que ces deux espèces de *nomina* se distinguaient à première vue de même qu'ils étaient déjà distingués dans le langage juridique. Pour former le *nomen transcriptitium*, il suffisait de *referre in codicem acceptum et expensum* (Cic. pro Rosc., III, § 3). C'est cette inscription géminée qui donne son nom au contrat écrit et constitue par conséquent son caractère distinctif et essentiel (2).

La forme du contrat littéral était, on le voit, très simple : se réduisant à quelques écritures et n'exi-

(1) Gide, *op. cit.*, p. 198.

(2) Gide, *op. cit.*, p. 201.

geant pas la présence simultanée des parties, il était assez souple pour se plier aux besoins divers de la pratique. La causé, ou tout au moins la nature de l'opération inscrite au codex, était nécessairement mentionnée ; de plus, comme le *nexum* dont il était la copie, le contrat écrit comportait la fixation d'un terme et la convention d'intérêt : cette dernière clause accompagnait si souvent l'*expensilatio* que les mots *expensum ferre et fœnerare* sont parfois employés comme synonymes ; seule la condition en était exclue. Le contrat littéral ne s'appliquait pas comme la stipulation à toute espèce d'objets, mais seulement aux choses fongibles : il est vrai que dans cette sphère, il l'emportait sur la stipulation à cause de la simplicité de sa forme. Cicéron nous atteste que jusque dans les derniers temps de la république l'expensilation était d'un usage universel ; au temps de Gaïus, c'est-à-dire au deuxième siècle, les *codices* étaient encore d'un usage général, mais restreint à l'inscription des *nomina transcriptitia* ; au Bas Empire l'ancienne institution n'existe plus qu'à l'occasion des banquiers chez qui se conserva l'usage de plus en plus altéré des *nomina transcriptitia*. Cette décadence du contrat littéral s'explique par les progrès de la jurisprudence : ce qui sous la République se faisait par une *transcriptio* solennelle s'est fait sous l'empire au moyen d'un pacte ; le constitut prit peu à peu la place du contrat littéral ; enfin on attribua à la simple convention exactement les mêmes effets qu'à la *transcriptio* (Ulpien, loi 15, D., XII, 1.).

C'est ainsi que l'ancien contrat *litteris* est devenu inutile et a peu à peu disparu ; sous Justinien il n'existe plus en tant que contrat solennel, car il a

été remplacé par des écrits qui ne sont assujettis à aucune forme déterminée et qui n'ont aucune influence sur la formation du contrat. Il en est de l'écrit qui constate un prêt (*chirographum*) comme de celui qui constate une *stipulatio* pour prêt (*cautio*); tous deux ne sont que des moyens de preuve et non des modes de s'obliger; aussi bien allons-nous montrer dans le chapitre suivant que les expressions de *chirographa* et de *cautiones* sont devenues synonymes.

CHAPITRE II

LES INSTRUMENTA

Dans un sens large, les mots *instrumenta* et *documenta* désignent tous les moyens de preuve (*rationes*) qu'un plaideur peut employer pour établir (*instruere*) le droit auquel il prétend ; ils comprennent donc les déclarations des témoins, les écrits, les aveux, etc. « *Instrumentorum ea omnia accipienda sunt quibus causa instrui potest, et ideo tam testimonia quam personæ instrumentorum loco habentur* (loi 1 D. 22, 4) ».

Toutefois, dans un sens restreint, *instrumentum* désigne plus spécialement l'écrit dressé pour constater un fait ; c'est avec cette signification que ce mot est employé dans le titre de *fide instrumentorum* au Digeste (22, 4), et qu'on dit encore de nos jours *instrumenter*.

Instrumentum n'est que l'expression générique ; les écrits portaient encore une multitude d'autres noms : *scripta*, *scriptura*, tirés de l'écriture même ; ceux de *tabulæ*, *codex*, *codicilli*, *ceræ* (tablettes enduites de cire), *membranæ* (parchemin), *chartæ*, *chartulæ* (papier), tirés de la matière qui porte l'écriture ; enfin, ceux de *chirographum* pour l'écrit émané de la main de la personne obligée, et de *syngrapha* pour l'écrit signé de toutes les parties contractantes. Toutes ces écritures avaient pour

but de faciliter la preuve des faits qu'elles constataient : *fiunt ut quod actum est per eos facilius probari possit* (Gaius, loi 4, Dig. 22, 4); elles avaient la même valeur que les dépositions des témoins : *eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium* (loi 15, C. 4, 21). Elles n'intervenaient donc que pour suppléer le témoignage; de là l'expression générale de *cautio* (de *cavere* prendre ou donner sûreté), parce que l'écrit fournissant un moyen de preuve est une garantie donnée par une partie à l'autre; ce mot est fréquemment employé par les jurisconsultes pour désigner l'écrit probatoire en matière de divers contrats : dépôt, vente, stipulation, quittance, (*apocha*) et contre-quittance, (*antapocha*).

Peu à peu le mot *cautio* qui d'abord comprenait tous les écrits probatoires, tendit à prendre une acception spéciale tout en conservant son sens général. Déjà à l'époque classique, *cautio* s'allie quelquefois à *chirographum* (Ulpien, loi 5 § 8, D. 13, 6). En 223, une constitution d'Alexandre Sévère qualifie l'obligation de *cautio*, confondant ainsi le contrat et sa preuve; enfin au temps d'Arcadius, d'Honorius et de Théodose, la *cautio* est présentée comme un moyen de transformer une obligation primitive en obligation littérale (loi 6, C. Th. 2, 4). « *Si quis debiti quod vel ex foenore, vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo, in litterarum obligationem, facta cautione translatum est* ». Dans tous ces cas, le mot *cautio* est employé à la place de *chirographum*. Désormais c'est la dénomination régnante et presque toujours employée, mais avec un sens nouveau; en effet, elle ne désigne plus dans la

plupart des textes du Corpus, qu'une seule espèce d'écrit probatoire : la promesse de payer une somme d'argent déterminée, *certa pecunia*, le plus fréquemment pour cause de prêt : le mot *cautio* est devenu synonyme de *chirorgaphum*.

Tels étaient les deux sens du mot *cautio* : un sens général et un sens étroit ; mais il ne remplaça jamais le mot *instrumentum* qui resta toujours la dénomination la plus compréhensive. Toutefois dans la suite de ce travail, nous emploierons indifféremment ces deux termes dans le sens d'écrits probatoires.

Nous allons voir maintenant quel rôle jouaient les instruments dans la pratique romaine ; nous dirons ensuite un mot de leur classification.

I

ROLE DES INSTRUMENTA

A l'exception du contrat *litteris* que nous avons étudié, l'écrit n'était pas en principe nécessaire pour la formation du contrat : simple moyen de preuve le plus souvent, lorsqu'il n'était exigé que par la volonté des parties, il existait cependant des cas où il était requis *ad solemnitatem* par la loi elle-même. La première hypothèse étant de beaucoup la plus fréquente, c'est par elle que nous allons commencer.

1

Il faut encore sous-distinguer, dans cette première hypothèse, suivant que l'écrit était rédigé pour cons-

tater un contrat solennel, ou au contraire intervenait à l'occasion d'un contrat consensuel, réel ou innommé. Dans le premier cas, la formule solennelle est en principe la cause génératrice de l'obligation ; il est vrai que sous Justinien, par suite de transformations successives, l'écrit est devenu l'équivalent de la stipulation. Dans le second cas, au contraire, l'écrit est considéré en droit, du moins au Bas Empire, non seulement comme une preuve, mais encore comme un élément essentiel du contrat, attendu qu'en fait on subordonne presque toujours l'existence du contrat à la rédaction d'un écrit.

Avant de prononcer les paroles de la stipulation, les parties réglaient les conditions de leur marché au moyen d'un pacte ; puis elles le rendaient obligatoire en le faisant suivre d'une stipulation qui, de cette coutume, prit le nom de *stipulatio subjecta* ou *subdita*. Paul y fait allusion dans deux passages de ses sentences ; « *omnibus pactis stipulatio subjici debet* (L. II, c. 23 § 2) ; *Pacto convento Aquiliana stipulatio subjici solet* (I, 1 § 3). C'est à ces deux textes qu'il faut remonter pour trouver l'origine de la *stipulatio subnixa* du moyen âge.

A la suite de la stipulation, on prit l'habitude, ainsi que l'attestent les formules d'actes qui sont parvenues jusqu'à nous, de rédiger un écrit (1) afin de pouvoir, en cas de contestation, établir d'une manière certaine tout ce qui s'était passé entre les parties : l'écrit contenait un narré complet des faits dans l'ordre où ils s'étaient produits, ainsi que la désignation exacte des choses promises suivie de la

(1) Voyez entre autres la *donatio Flavii Artemidori*, Bruns, p. 252.

formule obligatoire : *stipulatus est spopondit*. (Ulpien, loi 7 § 12, D. 2, 14), par exemple : *Tantum pecuniam dare stipulatus est A. Agerius, spopondit N. Negidius* (Instit. III, 29 § 2). Tantôt l'écrit indique l'interrogation et la réponse, comme dans l'exemple que nous venons de citer ; tantôt la promesse seule est mentionnée : *spondeo* (Paul, loi 57. Dig. 24, 1). A partir de la fin du deuxième siècle, l'indication de la promesse suffit pour faire présumer l'interrogation : les solennités requises sont censées avoir été accomplies du moment que le résultat juridique qui en faisait le but final est énoncé dans l'écrit. L'écriture peut donc aller jusqu'à réparer les vices de forme d'une stipulation mal faite ou même, comme nous allons le voir, simuler une stipulation qui n'a jamais eu lieu. (Paul, Sent. V, 7 § 2. — Instit. III, 19 § 17 et 20 § 8. — ll. 134 § 2 et 30 D. 45, 1).

En droit, ces écrits probatoires n'ajoutent rien à l'efficacité de la stipulation et sont susceptibles d'être combattus par la preuve contraire, soit par témoins, soit par écrit. En fait, l'insertion de la formule *spopondit-promisit* dans l'écrit, tenait lieu de stipulation.

On s'attachait de plus en plus à la foi de l'écrit et de moins en moins à l'accomplissement matériel des actes. La stipulation cependant subsistait toujours, mais dépouillée de ses formes rigoureuses : déjà au deuxième siècle, la pratique ne connaissait plus guère que la stipulation par écrit qui, peu à peu, s'était substituée à la forme orale, si bien que Paul croit devoir protester contre les tendances nouvelles : *Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litteræ obligamur ; quatenus placuit non minus va-*

lere quod scriptura quam quod vocibus lingua figuratis significaretur (loi 38, D. 44.7). A mesure en effet que la société romaine effaçait les derniers vestiges du formalisme, la stipulation s'altérait de plus en plus : on n'en prononçait plus les paroles, on les écrivait, et la loi les tenait pour vraies : « *ideoque constat, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta* », en décidant ainsi Justinien (Inst. III, 20 § 8) n'innove pas, *ideoque constat*.

Cette simplification du contrat verbal est la suite de celle qui s'était opérée graduellement à l'égard des paroles solennelles (loi 10, C. 8,38 et Inst. III, 15 § 1), elle montre que la stipulation, telle qu'elle avait été conçue à l'origine, tendait à disparaître de l'usage comme une solennité inutile qui ne répondait plus à l'esprit du temps.

La pratique avait donc fini par donner à l'écrit la même valeur qu'aux paroles. Mais si la stipulation avait gagné en simplicité, elle offrait moins de sécurité aux parties : en effet, bien qu'elle fût toujours en théorie interdite entre absents, il est certain qu'au Bas Empire les personnes qui voulaient contracter en cette forme ne prenaient même plus la peine de se rencontrer, puisque la clause de stipulation dans l'écrit probatoire constituait à elle seule la stipulation. Cette habitude donnait lieu à des procès en simulation ; les débiteurs prétendant pour ne pas payer qu'ils ne s'étaient pas rencontrés avec leurs créanciers. Or, quand il fallait prouver contre l'écrit non seulement que la stipulation n'avait pas eu lieu, mais encore que les parties n'étaient pas présentes au même endroit au jour de l'acte, on se heurtait parfois à des obstacles insurmontables, surtout quand les

parties habitaient la même ville. Les parties pouvaient donc négliger la forme de la stipulation avec la presque certitude de l'impunité. Pour mettre fin à ces procès, Justinien décida que « les écrits portant indication de la présence des parties en feraient pleine foi ; à moins que celui qui a l'improbité de recourir à de pareils moyens ne prouve de la manière la plus évidente, soit par écrit, soit par témoins dignes de foi, que pendant tout le jour dans lequel l'écrit a été fait, lui ou son adversaire était dans un autre lieu » (loi 14, C. 8, 38. — Inst. III, 19 § 12).

Justinien donne ainsi à l'écrit qui constate la stipulation, une force probante à peu près absolue, et par suite il autorise l'abandon de la forme verbale de la stipulation : si deux personnes sans se voir ni se parler s'accordent pour rédiger un écrit constatant qu'elles ont fait une stipulation, pourvu qu'au jour de la date de l'acte elles se trouvent dans le même lieu, leur écrit sera inattaquable. En définitive, la rédaction d'un écrit, bien que dépourvue de toute solennité, produisait les mêmes résultats qu'un acte solennel et public.

La stipulation subsiste en théorie ; de fait elle est abrogée. Pour mettre d'accord la théorie et la pratique il aurait fallu donner à l'écrit la force de la stipulation ; cette réforme, qui devait être le terme de la lente évolution accomplie par le droit contractuel, ne fut jamais réalisée par la législation romaine, du moins si l'on considère l'ensemble de cette législation. Car dans quelques hypothèses spéciales l'écrit est assimilé au contrat verbal : Ainsi les fidéjusseurs fournis par le tuteur pour assurer sa responsabilité vis-à-vis du mineur sont obligés par le seul fait de

l'inscription de leurs noms sur les *acta publica*, « comme si la stipulation avait eu lieu suivant les formes légales » (loi 4, § 3, D. 27, 7) tandis qu'auparavant c'était un esclave public ou le magistrat lui-même qui stipulait au nom du mineur (loi 1, §§ 15 et 16. D. 27, 8); en second lieu la stipulation de restitution de dot est sous-entendue dans les *instrumenta dotalia* (loi uniq. C. 5, 3); enfin une nouvelle de 539 relative au compromis dispose que la déclaration écrite par laquelle une partie se soumet à la sentence de l'arbitre sera réputée contenir une clause de stipulation (loi 4, § 6, C. 2, 56) (1). Dans ces trois cas le législateur avait simplifié les solennités de la stipulation à tel point que même en droit l'écrit en était devenu l'équivalent; mais il ne poussa pas plus loin la simplification. Il était réservé au droit moderne d'achever la réforme ébauchée par le législateur byzantin.

— Dans les contrats autres que la stipulation, l'écrit n'est en principe qu'un moyen de preuve. « Dans la vente qui est un contrat de bonne foi, dit le jurisconsulte Paul, c'est à tort que l'on exige la présentation d'un écrit probatoire si l'existence du contrat peut être établie de quelque autre manière (*Sentences* II, 17, § 14 — cf. Gaius loi 4, D. *de fide instr.*) La vente, dit encore un rescrit de Dioclétien, (loi 10 C. 4, 21) doit produire ses effets encore qu'aucun écrit n'ait été dressé; plusieurs constitutions impériales font l'application de cette règle à des espèces

(1) M. L. Stouff: Formation des contrats par l'écriture dans le droit des formules, *Nouv. Rev. hist.*, n° de mai-juin 1887).

particulières (lois 4 et 12, C. *de probat.* — loi 12, C. *de fide instr.*). Tels sont les principes du droit classique et du Bas-Empire, sous Justinien ils restent encore en vigueur : toutes les fois que les parties ne se proposent pas de faire la vente par écrit, l'accord des volontés sur la chose et sur le prix suffit à parfaire le contrat ; les arrhes qu'il est d'usage de donner en attendant l'exécution du contrat sont un simple moyen de preuve (Inst. III, 23 pr.).

Mais si les parties ont voulu dresser un écrit, la naissance du contrat sera-t-elle retardée jusqu'à sa rédaction ? il faut distinguer suivant l'intention des parties.

Les parties conviennent de rédiger un écrit, tout en formant de suite le contrat. S'il s'agit d'un contrat consensuel, d'une vente par exemple, chaque partie pourra, sauf à prouver la formation du contrat, demander en justice ce qui lui est dû ; elle pourra en outre réclamer la rédaction d'un écrit probatoire, car la convention qui s'est produite à ce sujet entre les parties est sanctionnée par l'action même du contrat ; c'est l'application du principe que le pacte adjoint *in continenti* fait partie du contrat de bonne foi. Le contrat est-il réel ou innommé, la partie qui aura exécuté la prestation mise à sa charge, aura les mêmes droits que si le contrat était consensuel (1).

Il est possible aussi que les parties aient eu l'intention de ne s'obliger qu'au moment où l'écrit serait achevé ; jusque là le contrat n'est qu'un projet que chacune d'elles est libre d'abandonner sans en-

(1) Accarias, *Précis de dr. romain*, t. II, p. 563, (3^e édit.).

courir aucune peine. Les parties en effet consentent quand elles veulent, et rien ne s'oppose à ce qu'elles fassent concorder l'instant où elles donnent leur consentement avec celui où l'écrit est parfait. Dans ce cas le contrat devient formaliste, l'écrit intervient *ad solemnitatem*. La confection de l'écrit est en outre subordonnée à certaines règles dont l'inobservation empêche la formation de l'obligation : ainsi le brouillon (*sheda*) rédigé par les parties ou un de leurs esclaves ne suffit pas ; pour que l'*instrumentum* soit complet il faut qu'il ait été mis au net (*in mundum*), confirmé par les signatures des contractants ou revêtu de leurs sceaux. De plus s'il s'agit d'un acte *publicè confectum*, l'acte ne produit d'effet que lorsque le tabellion l'a revêtu de la mention de la *completio* et que la remise des titres a été effectuée. Jusqu'à l'entier accomplissement de ces formalités il n'y a pas vente (Inst. III, 23 pr.). Au reste cette solution n'a rien de spécial à la vente, Justinien l'étend expressément à toute espèce de contrats (loi 17, C. IV, 21). Mais la liberté laissée aux parties de se dédire jusqu'à la rédaction de l'écrit suppose qu'il n'a pas été donné d'arrhes : en effet la remise des arrhes devient dans notre hypothèse un contrat accessoire qui se règle indépendamment du contrat principal : si, par exemple, c'est le vendeur qui les a fournies et qu'elles consistent en argent il ne pourra refuser d'acheter qu'en les abandonnant au vendeur, et celui-ci ne pourra refuser de vendre qu'en restituant une somme double.

Dans la constitution que nous venons de citer, Justinien modifie la pratique antérieure : il ne distingue plus, lorsque les parties sont convenues de

passer acte de leur contrat, si le marché a été conclu de suite ou au contraire si son existence a été subordonnée à la rédaction de l'écrit. Pour éviter les procès relatifs à l'interprétation de la volonté des parties ce prince pose en règle générale qu'on ne recherchera plus si, dans leur pensée, le contrat tient ou non son existence de la perfection de l'écrit : on présume que toutes les fois que les parties ont voulu rédiger un *instrumentum* elles ont entendu faire de cette rédaction une condition essentielle de leur engagement.

Quant à savoir avec certitude si les parties s'étaient proposé de faire un écrit, il n'y avait que l'usage pour résoudre la question : lorsque le contrat était de ceux qu'on avait coutume de faire par écrit, comme une vente immobilière, le juge devait présumer que l'intention des parties était de se conformer à l'usage.

Cette présomption était conforme à l'idée que les Romains se faisaient le plus souvent de la fonction de l'écrit probatoire : l'écrit n'était pas seulement pour eux une preuve, il était aussi un élément formel du contrat. Si en effet la théorie distingue le *negotium* et l'*instrumentum* le contrat et l'écrit qui le prouve, un autre point de vue domine la pratique : les contractants ne se croient obligés que lorsqu'un signe, l'écriture, affirme leur volonté. Aussi bien tant qu'il n'y a pas d'écrit le droit manque le plus souvent de preuve ; et au point de vue du résultat pratique le défaut de preuve équivaut à l'inexistence du contrat. De là ce préjugé si répandu que c'est dans l'écrit que réside le principe de l'efficacité du contrat, préjugé qui fut quelquefois partagé par le législateur, puisque dans une constitution d'Alexandre Sévère déjà citée la *cautio* est qualifiée d'*obligatio* (loi 7, C. 4, 30).

Mais ce n'est là qu'un texte isolé : on rencontre au Code de nombreux rescrits, depuis Alexandre Sévère jusqu'à Justinien, qui prouvent que les empereurs essayèrent de lutter contre la croyance générale et persistante à la nécessité d'un écrit dans les actes juridiques les plus importants.

Ces idées sur le rôle de l'écrit dans la formation des contrats trouvèrent leur expression dans les actes dressés par les notaires italiens ; on voit figurer dans les actes du V^e au VII^e siècle une clause d'usage : *consensi et subscripsi*, je consens et je signe : c'est la preuve que les parties réservaient leur consentement jusqu'à la signature du contrat (1).

Ainsi donc, dans le dernier état du Droit romain, l'*instrumentum* était devenu, lorsqu'il était exigé par la volonté des parties, un élément formel du contrat, de simple moyen de preuve qu'il était tout d'abord. Le mouvement qui emportait la pratique vers le formalisme de l'écriture eut son contre-coup sur la législation : dans certaines hypothèses particulières, la rédaction d'un écrit était exigé par la loi elle-même, comme condition essentielle de la validité de l'acte.

2

Ces actes se rattachent pour la plupart à l'état des personnes ; c'est en cette matière, en effet, que devait le plus se faire sentir la nécessité d'un titre écrit. D'ailleurs, la pratique antérieure poussait le législateur dans cette voie et justifiait son intervention : on sait que les principaux objets d'application de la juridiction gracieuse des préteurs étaient l'affranchissement des

(1) Stouff, *loc. cit.*

esclaves, l'adoption, l'émancipation ; la *cessio in jure*, la *missio in possessionem*, la nomination des tuteurs et curateurs. Dans tous ces cas, l'office du magistrat consistait à donner le caractère de l'authenticité aux faits qui étaient accomplis oralement en sa présence. Mais quand l'habitude de conserver les jugements par écrit se fut introduite au temps des jurisconsultes classiques, elle s'appliqua aux décisions de la juridiction volontaire, aussi bien qu'à celles de la juridiction contentieuse. Chacun des actes passés devant le magistrat était consigné dans un procès-verbal et déposé ensuite au greffe du tribunal, *apud acta*. Les constitutions impériales ne firent que régulariser cette pratique en décidant que l'écriture serait indispensable en certaines matières ; mais l'écrit n'était pas nécessairement public : lorsque la loi était muette sur la forme de l'acte un écrit privé suffisait.

Ainsi l'ingénuité ne pouvait être prouvée que par écrit (Loi 2, C. 4. 20).

Pour contracter mariage, il n'était pas nécessaire de dresser un acte dotal, excepté lorsque les époux relevaient leurs enfants de la tache originelle du concubinat (Inst. I, 10, § 13 et Cf Il. 10 et 11, C. V, 27). Toutefois ce principe variait suivant la qualité des personnes ; ainsi Justinien défendit aux grands dignitaires de se marier sans un acte dotal ; les citoyens du rang immédiatement inférieur durent soit se conformer à la même prescription, soit se présenter devant le *defensor ecclesiae* qui recevait la déclaration de leur mariage et en dressait acte avec l'assistance de trois ou quatre témoins choisis parmi les clercs ; l'acte était ensuite déposé dans les archives de l'Eglise. Les laboureurs, les simples soldats et les pauvres

furent seuls dispensés de ces nouvelles formalités (Novelle 74, ch. 4). Mais le clergé ne tint pas longtemps ces premiers registres de l'état civil ; la Novelle 117, ch. 4, ayant apporté des restrictions à la Novelle 74.

Pour divorcer il fallait toujours un acte de répudiation écrit (Loi 8 pr. C. *de repud*).

La légitimation n'avait jamais lieu sans écrit, car elle ne pouvait se faire que par mariage subséquent *dotalibus instrumentis compositis*, par oblation à la curie avec inscription sur ses registres (Loi 3, C. de nat, lib.) ; par rescrit impérial, ou par testament du père confirmé par rescrit.

L'adoption se faisait également par acte dressé en présence du magistrat *actis intervenientibus apud competentem judicem*, et l'adrogation par rescrit du prince avait la même valeur que celle accomplie devant le peuple à l'époque antique (II.2, § 1 et 11, C. VIII. 48).

L'émancipation anastasienne n'avait lieu que par écrit : le père émancipateur devait obtenir un rescrit du prince et le faire insinuer *apud acta* (Loi 5, C. 8, 49) ; sous Justinien une simple déclaration devant le magistrat suffit désormais (Loi 6 *eod.*).

En 316 Constantin autorisa les affranchissements dans les églises : un écrit quelconque devait être dressé et revêtu du sceau des prêtres faisant fonctions de témoins (Loi 1, C. 1, 13).

La rédaction d'un écrit était encore nécessaire pour la perfection des donations, toutes les fois qu'elles devaient être insinuées. La loi Cincia étant tombée en désuétude probablement dans la seconde moitié du troisième siècle (Nov. 162, cap. 1), on vit appa-

raître à la place une théorie nouvelle : celle de l'insinuation, c'est-à-dire la copie de l'acte sur les registres du magistrat supérieur ou du juge local. Au reste, nous reviendrons sur cette institution à propos des *acta publica*.

Dans certaines matières comme le testament, si l'écriture n'est pas imposée par le Droit civil, elle est du moins d'un usage très répandu : le testament nuncupatif n'existe plus qu'à l'état théorique, les textes le mentionnent seulement pour mémoire (Inst. II, 10, § 14 — Loi 2, § 1, C. VI, 11).

Enfin, dans d'autres hypothèses la loi ne faisait que consacrer implicitement une habitude de la pratique en ajoutant encore à ses exigences : ainsi dans la constitution d'hypothèque on accordait la préférence à un acte public ou *publice confectum* sur un acte privé en ce qui concerne le rang de l'hypothèque. Cette faveur aboutissait au même résultat que si la loi eût exigé directement un écrit dans la forme où il avait le plus d'autorité, c'est-à-dire un acte public ou dressé par un tabellion (Loi 11, C. 8, 18).

II

CLASSIFICATION DES INSTRUMENTA

Les écrits probatoires romains sont de deux sortes : les écrits privés, les écrits publics.

Les écrits privés comprennent eux-mêmes plusieurs variétés : les *instrumenta domestica*, les *instrumenta privata* proprement dits ; puis, formant une classe à part, intermédiaire entre les écrits privés et les écrits

publics, les *instrumenta quasi publice confecta* et les *instrumenta publice confecta*.

Par *instrumenta domestica* il faut entendre les notes que les Romains avaient l'habitude de prendre chaque jour sur les matières intéressant leur fortune ou leurs opérations commerciales : telles sont les inscriptions sur le codex *accepti et expensi* (*rationes domesticæ*) autres que celles qui constituaient le contrat *litteris* ; les registres des banquiers (*argentariorum codices*) ; les pièces concernant l'administration des biens des pupilles et qui devaient servir de base aux comptes de tutelle (*rationes pupillares*) : enfin une certaine catégorie de quittances (*apochæ*) écrites par le créancier. C'étaient là des titres que l'on se donnait à soi-même, et qui par suite n'avaient que peu de valeur au point de vue juridique : en effet, l'acte émanait de la partie qui devait faire preuve et à laquelle il devait servir de preuve. Cette première forme d'écrits privés est le produit d'une période de transition entre le régime de la preuve testimoniale et celui de la preuve littérale : l'acte est simplement un *memorandum* à l'aide duquel on peut retrouver les témoins et leur rappeler ce qu'ils prétendent avoir vu ou entendu.

Parmi les écrits rentrant dans cette catégorie, on peut citer celle des quittances découvertes à Pompeï en 1875, où il est constaté que le créancier « *dixit se accepisse* » (1). La comparaison de l'écriture de

(1) Dans ce cas, le créancier se borne à signer la quittance rédigée par le débiteur, mais cette signature est purement facultative, (Cf. Bruns, p. 276), comme la présence des témoins. C'est ce qui fait qu'on a quelquefois appelé ces écrits *professiones*, la *professio* étant l'aveu fait devant témoins et servant de preuve, « *pecuniæ solutæ professio collata instrumento gestæ rei probationem continet* (loi 14, C. 8, 42). — Con-

cette quittance avec d'autres actes montre qu'elle est de la main du débiteur. De même, dans les contrats découverts en Transylvanie on rencontre la clause de style relative au vendeur qui a reçu le prix « *accepisse et habere se dixit* » (1). Cette forme d'écrit probatoire est encore celle de la *donatio de Statia Irene* « *Quot mihi Licinnio Timotheo tu Statia Irene.... munumtem mancipio dedisti.* »

Dans les *acta privata* proprement dits, ou écrits rédigés par la partie contre laquelle ils devaient servir de preuve, rentrent les quittances et contre-quittances (*apochæ et antapochæ*, les *chirographa*) et une foule de pièces destinées à constater un fait quelconque (*scripturæ, libelli, chartæ, chartulæ*). Tous ces termes, nous l'avons dit, furent remplacés par une appellation commune, *cautio* ; nous avons vu également que cette dernière expression avait été employée dans le dernier état du Droit pour désigner spécialement la promesse écrite de payer une somme d'argent déterminée ; de telle sorte, qu'elle était devenue synonyme de *chirographum*. Dans la suite de nos explications ce que nous dirons du *chirographum* s'appliquera donc à la *cautio*.

L'*apocha*, est un écrit par lequel un créancier reconnaît avoir reçu paiement de son débiteur et dont ce dernier peut se servir pour prouver sa libération ; c'est ce que nous appelons une quittance.

sulter les *professiones in scripturam collatæ* citées par Bruns, p. 275 et seq. — On remarquera que les *apochæ Pompeianæ* contiennent un nombre assez considérable de témoins, généralement 8 ou 9 ; par contre quelques-uns de ces écrits ne mentionnent pas leur présence, car la forme des écrits privés était abandonnée à la libre appréciation des parties, l'intervention des témoins n'était point nécessaire.

(1) Bruns, p. 256 et seq.

La loi 19, C. IV, 21, mentionne les *apochæ redituum vel usurarum* ; mais le terme *apocha* s'appliquait aussi au capital (*sors*).

L'*antapocha* est l'écrit par laquelle débiteur reconnaît avoir acquitté sa dette. La contre-quittance peut également se présenter sous une autre forme : le créancier une fois payé rédige deux quittances, l'une qu'il remet au débiteur, l'autre qu'il lui fait signer pour la garder par devers lui ; par cette signature le débiteur atteste qu'il s'est libéré. C'est ce qui ressort du texte suivant : *Si voluerit is qui apocham conscripsit, vel exemplar cum subscriptione ejus qui apocham suscepit ab eo accipere, vel antapocham suscipere* (loi 19, C. IV, 21).

L'*antapocha* était d'une grande utilité pour le propriétaire vis-à-vis de son colon qui ainsi ne pouvait changer le titre de sa possession et se prétendre propriétaire ; elle l'était encore pour le créancier d'un capital produisant des intérêts vis-à-vis du débiteur, afin d'empêcher ce dernier d'invoquer la prescription.

Ce qui distingue l'*apocha*, titre privé de l'*apocha* que nous avons mentionnée à propos des *instrumenta domestica*, c'est que la première est rédigée par le créancier et non pas par le débiteur comme la seconde. Parmi les *apochæ Pompeianæ*, on distingue à première vue, celles qui émanent de la main du créancier (1) : on y trouve la formule « *Scripti me accepiſſe* » tout au moins dans l'écriture extérieure ; car on lit quelquefois dans l'écriture intérieure « *dixiſſe eum* ». Il ne s'agit plus, on le voit, de *pro-*

(1) Bruns, p. 277 et 278.

fessiones ou aveux constatés par l'adversaire ; aussi pour distinguer ces quittances des premières on leur donne un nom spécial, celui de *chirographa*. Ceci nous amène à parler des *chirographa* en général.

Le *chirographum* est à l'époque classique le type des écrits privés proprement dits ; c'est aussi de beaucoup le plus usité. Gaius le définit : la reconnaissance d'une dette ou la promesse de faire une dation, écrite de la main du débiteur « *Si quis debere aut daturum scribat* » (II, § 134). « *L. Titius scripsi me accepisse a Publio Mævio quindecim mutua numerata... et hæc quindecim proba recte dari Kalendis futuris stipulatus est P. Mævius, sponendi ego L. Titius* » (loi 40, D. 12, 1). L'*epistola* est une variété du *chirographum* ; elle fut d'abord une lettre missive (loi 62, § 1, D. 17, 1), plus tard elle fut employée pour constater les conventions même entre personnes présentes, les stipulations par exemple ; mais elle garda toujours dans sa rédaction la marque de sa destination primitive (Paul, l. 57, D. 24. 1 — loi 1, c. 8, 38).

Voyons maintenant quelle était la forme des écrits privés et quel était le rôle des parties et des témoins.

Dans le droit moderne la force de l'écrit probatoire vient de la signature des parties. Le système romain est tout différent en principe les écrits privés ne sont signés ; ce qui leur donne force de preuve c'est l'écriture de celui qui s'oblige. Il en est autrement lorsque l'écrit est dressé par un esclave ou un affranchi des parties : *Chrysogonus, Fl. Candidi servus actor; scripsi cram subscribente et adsignante domino meo... stipulatus est Julius Zosas libertus... Sponendit Fl. Candidus meus; subscripsit dominus* (loi 126, § 2,

D. 45, 1). Lorsque l'écrit n'est pas de la main du débiteur, le principe de sa force probante fait défaut : il est alors nécessaire que l'écriture du débiteur apparaisse sous une autre forme pour que la *cautio* fasse foi ; cette forme, c'est la signature. Ceci nous explique la mention « *subscripsit dominus* » qui termine le *chirographum* écrit par l'esclave Chrysogonus. En 478 une constitution de l'empereur Zénon, consacrant une pratique suivie depuis longtemps « *secundum solitam observationem* » exige en matière de donation que le *chirographum* soit signé toutes les fois qu'il est rédigé par un esclave, un mandataire ou un tabellion (loi 31, C. 8, 53) ; peu importe, il est vrai que la signature soit celle du donateur lui-même ou celle de son mandataire, pourvu que ce dernier soit dûment autorisé. Mais en général la signature du débiteur n'est pas requise quand c'est lui qui a dressé le *chirographum* (1). Lorsque Justinien dans la loi 17 au Code *de fide instrumentorum* (IV, 21) semble exiger la signature d'une manière absolue, il n'a réellement en vue que l'acte dressé par un tabellion ou par un tiers ; le *præmium* du titre *de emptione et venditione* aux Institutes (III, 23) qui résume cette constitution parle de l'acte écrit par les parties elles-mêmes ou écrit par un tiers et signé par elles : *In iis autem quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem et emptionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint*

(1) La loi 11 C. 8, 17 qui exige la signature des parties lors même que ce sont elles qui ont rédigé l'écrit est spéciale à l'hypothèque. Encore n'était-ce pas là une règle bien ancienne puisqu'on trouve au Digeste un texte qui décide formellement le contraire (Scevola, loi 34, § 1, D. 20 1) : au cas où une lettre non signée a été échangée entre les parties, elle est valable,

conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta.

Il n'était point nécessaire, en principe, d'appeler des témoins à la rédaction des actes privés ; seulement lorsqu'ils étaient passés sans témoins, leur efficacité était restreinte : les titres publics, même postérieurs en date, l'emportaient sur eux ; de plus les parties pouvaient leur ôter tout effet en justice par une simple dénégation d'écriture. De telle sorte qu'un écrit privé signé seulement du débiteur pouvait n'être d'aucune utilité pour le créancier : pour qu'un *instrumentum privatum* fit pleine foi de son contenu, il était indispensable que le débiteur reconnût volontairement son écriture ou sa signature ; sinon il fallait l'y contraindre judiciairement. Aussi avait-on l'habitude de faire intervenir aux actes des témoins qui apposaient leurs sceaux à la suite des signatures des parties : si celui dont le billet porte l'écriture ou la signature nie qu'il ait été écrit par lui ou sur son ordre, son adversaire invoquera alors le témoignage de ceux qui ont assisté à la confection de l'acte. Le législateur ne fit que régulariser cette pratique en exigeant la présence de trois témoins dans certains cas déterminés, par exemple en matière de constitution d'hypothèque (loi 11, C. 8, 18). L'intervention des témoins, désormais légale, confère aux actes pour lesquels elle est requise une force probante supérieure à celle des actes purement privés. Ces *instrumenta*, qu'on a appelés *quasi-publicè confecta*, forment la première étape vers l'authenticité.

La seconde nous est fournie par les actes *forensia*, lesquels forment avec les *acta quasi-publicè confecta*

une classe intermédiaire d'actes, présentant sur les *acta privata* une grande supériorité sans cependant égaler en autorité les *acta publica*. La distinction de ces trois sortes d'écrits ressort nettement du texte suivant, où Justinien spécifiant les actes qui seuls peuvent servir aux vérifications d'écriture, s'exprime en ces termes : *sed tantum modo ex forensibus, vel publicis instrumentis, vel hujusmodi chirographis quæ enumeravimus (i. e. quasi publicè confectis)* (loi 20, C. IV, 21). Et ce n'est pas là une distinction arbitraire, car le mode de rédaction de ces diverses espèces d'actes et l'autorité qui y est attachée diffèrent essentiellement. Tandis que les *acta publica* peuvent être dressés sans l'assistance des témoins (l. 31, C. 8, 53), leur présence est nécessaire pour les *acta forensia* (Novelle 73, V.); et quant aux *acta quasi-publicè confecta* c'est l'intervention obligatoire des témoins qui les sépare des actes privés où la présence des témoins est facultative et ne change point la nature de l'acte.

Il nous suffit d'avoir montré une différence aussi caractérisée pour justifier la classification que nous avons adoptée. Nous étudierons dans un même chapitre les *acta quasi publicè confecta* et les *acta forensia*, en insistant particulièrement sur ces derniers. Puis, dans un dernier chapitre, nous montrerons ce qu'étaient les *acta publica* ou *gesta* et comment l'insinuation *apud acta* donnait aux écrits qui y étaient soumis un caractère d'authenticité qui les rapprochait de nos actes notariés.

Les documents que nous devons consulter ne sont pas très nombreux : dans le droit romain classique, nous ne trouvons guère que quelques textes de Gaius

et le titre fort court de *fide instrumentorum* au Digeste (22, 4); car la distinction des *instrumenta publica* et *privata* n'appartient vraiment pas au droit classique ou tout au moins ne préoccupa pas les jurisconsultes. Mais sous Justinien, l'usage de l'écriture étant devenu général, on réglementa la forme et les effets des diverses sortes d'*instrumenta*. Ainsi, le Code en traite plus longuement que le Digeste, et les Nouvelles viennent sur ce point comme sur tant d'autres, compléter l'œuvre des empereurs bizantins et nous donner le dernier état de la législation.

CHAPITRE III

DES ACTA FORENSIA .

§ I

Des acta quasi-publice confecta.

Les *acta quasi publice confecta* sont plutôt des actes non privés que des actes publics comme semblerait l'indiquer leur nom ; car ni par leur mode de rédaction ni en général par leurs effets ils ne se rattachent à ces derniers. Cette dénomination d'*actum quasi-publice confectum* ne se rencontrent que dans la loi 11 C. VIII, 18 ; mais à défaut de l'expression il existe d'autres passages où l'on retrouve les traits distinctifs de l'acte quasi-public : en effet, dans une constitution de 530 (loi 20 C. 4, 21) Justinien, statuant d'une façon générale, déclare à propos des *chirographa et alia instrumenta quæ non sunt publice confecta* « *non licere comparationes litterarum ex chirographis fieri, nisi trium testium habuerint subscriptiones..... sed tantummodo ex forensibus, vel publicis instrumentis, vel hujusmodi chirographis quæ enumeravimus comparatione trutinenda* » ; ces *chirographa quæ enumeravimus*, ce sont les écrits qui portent les subscriptions de trois témoins.

Il faut en effet trois témoins pour constituer un acte quasi-public ; il faut en outre que ces témoins

soient d'une moralité irréprochable ainsi que le décidait déjà une constitution de l'empereur Léon de 472 *nisi forte probatæ atque integræ opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones isdem idiochiris contineantur : tunc enim quasi publice confecta accipiuntur* (loi 11 C. 8, 18). Cette règle une fois posée pour l'hypothèque, fut étendue à beaucoup d'autres matières du droit. Dans une constitution de l'an 528 (loi 17 C. 4, 2), Justinien exige la *scriptio* de trois témoins pour tout billet ou quittance dont l'objet excède 50 livres d'or « *sciat non aliter debere chirographum a debitore vel creditore percipere quam si testimonium trium testium probatæ opinionis per eorum subscriptiones idem chirographum capiat* » Enfin la Novelle 73, ch. 1 et 2, généralisant les décisions précédentes, prescrit l'emploi de trois témoins pour le dépôt, le *mutuum*, et en général tout autre contrat auquel les parties veulent donner un certain caractère d'authenticité sans toutefois avoir recours au ministère d'un tabellion. De plus les contrats dont la valeur était supérieure à une livre d'or devaient nécessairement être conclus en présence de trois témoins (1).

Dans cette Novelle comme dans les Constitutions insérées au Code, le législateur insiste particulièrement sur ce point que les témoins doivent être des personnes dignes de foi et d'une réputation irréprochable : car à certains points de vue l'acte quasi-public avait les mêmes effets que les *acta forensia et publica*.

(1) On retrouvait encore il y a peu d'années cette disposition de la Novelle 73 dans les constitutions du duché de Modène (livre 4, titre XX, art. 2), qui attribuaient la force de l'acte authentique à l'écrit revêtu de la signature de trois témoins de bonne renommée.

Dans la Nouvelle 90 Justinien défend, par suite d'un préjugé de son temps, de faire intervenir aux actes des artisans ou des hommes obscurs « *et non quosdam artifices ignobiles, neque vilissimos, neque nimis obscuros.* » Il va même jusqu'à n'accorder aucune créance au témoignage de ceux qui auraient prêté leur assistance par le pur effet du hasard, sans y avoir été invités.

Les témoins devaient signer les actes dressés devant eux ou y apposer leur sceau ; de toute façon leurs noms étaient inscrits dans l'acte, et quand celui-ci était méconnu on s'en rapportait tant à leur témoignage qu'à la comparaison des écritures (Nouvelle 73 ch. 8).

Pour que l'acte eût un caractère quasi-public il fallait avons-nous dit trois témoins. Mais souvent il en intervenait un plus grand nombre : c'est ainsi que dans un testament *tripartit* on devait appeler sept témoins qui apposaient sur l'acte leur cachet à côté de leur nom, *adscriptio*. De même un illettré qui voulait contracter devait appeler cinq témoins, et faire écrire l'acte par l'un d'eux, les autres devant attester que l'acte avait été fait en leur présence et qu'ils connaissaient, l'illettré (ibid. ch. 8 — cf loi 18 C. 4. 26).

A partir du V^e siècle les actes quasi-publics purent créer des droits réels et valoir, comme les *acta publica* ou *forentia*, à compter de leur date. Nous en trouvons un exemple dans la loi 11 au Code (8. 18) déjà cité. En droit romain où les hypothèques étaient occultes, l'application de la règle *prior tempore potior jure* était devenue dans la pratique une source abondante de complications et de difficultés ; pour empê-

cher qu'un débiteur ne frustrât des créanciers antérieurs de leur droit de préférence en donnant une fausse date à une hypothèque postérieure, l'empereur Léon décida que celui dont l'hypothèque serait constatée soit par un *instrumentum publice confectum*, soit même par un acte quasi-public primerait toujours, malgré leur antériorité les créanciers porteurs d'un simple titre privé.

Les écrits quasi-publics l'emportaient encore sur les écrits privés à un autre point de vue. Dans la constitution de 530 que nous avons citée à plusieurs reprises (loi 20 § 2 C. 4, 21) Justinien, pour remédier à un abus qui donnait naissance à un grand nombre de faux, ne permit d'admettre comme pouvant servir à la comparaison des écritures que les *instrumenta publica*, *forencia* ou même les *chirographa* revêtus de la signature de trois témoins qui tous, ou au moins deux d'entre eux, certifiaient que l'écrit a été signé par celui auquel on l'attribuait et qui en outre, reconnaîtraient leur propre signature.

§ II

Acta publicè confecta ou forensia.

Les Romains, nous l'avons vu, laissaient à des tiers le soin de la rédaction des actes : au temps des grands jurisconsultes ce furent généralement des esclaves, *notarii* et *tabularii* (1), ou des affranchis;

(1) Le *notarius* appartenait à la classe des *librarii*; il était chargé, ainsi que son nom l'indique, de prendre des notes sous la dictée de son maître et de les mettre en ordre. Ce terme désigne donc à l'origine

mais au Bas-Empire et peut-être à la fin de l'époque classique, les particuliers prirent l'habitude d'employer des tabellions pour dresser les actes de vente, d'échange, de donations, etc. (loi 17, C. IV, 21. — Novelle, 73, ch. 5 et seq.). Parmi les contrats qui sont parvenus jusqu'à nous, on en trouve un grand nombre qui émanent de tabellions : il suffit de consulter le recueil de Spangenberg (*Tabulæ negotiorum sollemnium*) ; l'un de ces actes écrits à Ravenne en 539 porte : *Scripti ego Stephanus, forensis, rogatus et petitus a Dominico*. C'était là une clause de style dans les *acta forensia*.

Les tabellions avaient leurs études (*stationes*) sur le *forum*, au milieu des affaires et de la foule ; c'était là que, sur la demande des parties, ils rédigeaient les actes constatant leurs conventions, et qui pour ce motif étaient qualifiés de *publicè confecta*, le mot *publicè* étant pris dans son sens matériel pour désigner les rédactions faites au *Forum* ; de là également l'appellation de *scripturæ forenses*. Dans son sens technique le mot *publicè* veut dire au nom de l'autorité publique ; or les actes insinués sont les seuls qui soient publics dans ce dernier sens.

La confection d'un *instrumentum forense* compre-

un secrétaire particulier ; plus tard, il changea d'acception et le *notarius* devint un clerc du tabellion. Le *tabularius* était en esclave public, un esclave de la cité, qui outre ses fonctions municipales, rédigeait la plupart des conventions privées. L'intervention du *notarius* ou du *tabularius* ne modifiait en rien le caractère privé de l'acte. Mais les doubles fonctions des tabulaires se séparèrent lorsque la multiplicité des affaires eût augmenté leur importance : aux *tabularii* on laissa les fonctions municipales ; aux nouveaux officiers qui prirent le nom de *tabelliones* on donna ce qui constituait les fonctions privées des tabulaires. Le mot *tabellio* se trouve déjà dans un texte d'Ulpien (loi 9, § 4 Dig. 48, 19) ; et du temps de Constantin les offices de *tabularius* et de *tabellio* sont complètement séparés (Cf. loi 15, C. X, 32).

nait deux opérations distinctes : la rédaction *in sheda* et la *transcriptio in mundum*.

Le tabellion ou son clerc (*notarius*) commençait par prendre note des volontés des parties et formait ainsi un projet d'acte (*sheda*) en petits caractères (*minutis litteris*); ce projet était ensuite mis au net (*in mundum*) sur une feuille ou tablette spéciale (*in charta pura*), en tête de laquelle se trouvait le protocole, c'est-à-dire le nom du *comes sacrarum largitionum* (le ministre des finances sous lequel la *charta* avait été faite) l'année de la fabrication de la feuille, et autres mentions analogues (Novelle 44, ch. II). Mais comme il était difficile de se procurer des *chartæ puræ* revêtues du *protocollum*, Justinien n'en rendit l'usage obligatoire que pour Constantinople.

Ce procédé de la rédaction *in sheda* et de la *transcriptio in mundum* était usité aussi bien pour les écrits privés que pour les *scripturæ forenses*; c'est ce que prouve la loi 17 du Code de *fide instrumentorum* « *Contractus quos in scriptis fieri placuit, non aliter vires habere sancimus, insi instrumenta in mundum recepta subscriptionibus que partium confirmata, et si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint.* » Les *scripturæ forenses* ne se distinguent donc des écritures privées que par la *completio tabellionis* et l'*absolutio partium*. Dans la même constitution Justinien déclare qu'il ne sert de rien de signer le brouillon qui par lui-même n'a aucune efficacité; il faut le faire suivre de la *transcriptio in mundum*, pour que le lien de droit soit formé; est également nulle la copie faite par le tabellion qui ne contient ni la *completio* ni l'*absolutio*.

Le tabellion n'était pas tenu de faire lui-même la *transcriptio in mundum*. On a cependant soutenu le contraire, en se fondant sur ce membre de phrase de la constitution que nous venons de citer : « *Si per tabellionem conscribantur* ». Mais il ne faut pas attribuer à ces mots un sens trop précis : que disent-ils en effet ? S'il s'agit d'un acte reçu par un tabellion, il faudra... » Or, rien dans ce langage n'indique que les actes reçus par un tabellion, devront être mis au net par lui. Au surplus, cette interprétation est confirmée par la Novelle 73 qui prévoit le cas où l'acte n'est pas écrit par le tabellion : « *Si quidem per se non scripserit, sed per alium ministratam sibi* ».

Deux formalités, la *completio* et l'*absolutio* (1), marquent l'achèvement de la *transcriptio* ; elles n'ont pas été établies par Justinien, car il en parle dans la loi 17 au Code, *de fide instr.* comme de choses connues et sans dire en quoi elles consistent. Ce silence a été la cause d'une longue controverse entre les interprètes. Voici l'opinion à laquelle, en présence des nouvelles investigations des textes, on peut s'arrêter.

En ce qui concerne la *completio*, on est encore réduit à une conjecture : après avoir mis l'écrit au net, le tabellion s'assure qu'il exprime exactement la volonté des contractants, collationne l'original et la copie, puis leur donne lecture du contrat ; toutes ces formalités étant achevées, il écrit lui-même, après les

(1) Le plus ancien des actes remfermant la *completio* et l'*absolutio* est de 553 « ego Severus forensis et scriptor, hanc donationem roboratam a testibus et completam absolvi (Marini, *i papiri diplomatici*, Rome, 1803 n° 86, p. 124). Cf. Spangenberg, p. 183. Exceptionnellement cet acte ne contient pas la *notitia testium* dont nous parlerons plus loin ; la pratique des tabellions n'a pas encore atteint son complet développement.

subscriptions des témoins, et à la fin de l'acte, une formule qui se termine par le mot *complexi*, d'où la formule tirait son nom de *completio*. Ainsi comprise, la *completio* n'aurait donc été que la formule par laquelle le tabellion déclarait que l'acte avait été passé devant lui et que toutes les formalités requises par la loi pour la confection des *acta public confecta* avaient été remplies (1).

Le sens de l'*absolutio* peut être déterminé avec une certitude plus grande. *Absolvere* est synonyme de *dimittere* : en effet le mot apolucin (délivrer, remettre), qui correspond au latin *absolvere* est traduit dans la loi Nouvelle 44 par *dimittere*.

L'*absolutio* est la remise du titre par la partie qui l'a fait dresser à celle qui doit s'en servir comme moyen de preuve ou bien un échange des écrits lorsqu'il y a obligations mutuelles. Cette explication est confirmée par un passage des Basiliques (XXII, 1, 76, édition Heimbach, p. 503) où l'on voit dans un contrat synallagmatique les parties se faire réciproquement remise des *chirographa* dans lesquels se trouvent consignées les obligations de chacune d'elles. Au moyen de cette remise volontairement effectuée, les contractants reconnaissaient que l'acte était bien l'expression de leur volonté et qu'ils persistaient dans

(1) Voici quelques exemples de *Completiones* : « Fl. Johannis, forensis hujus splendidissimæ urbis Ravennatis, habens stationem ad monitamauri, in porticum sacri palatii ; scriptor hujus instrumenti-complevi. — Ego Theodosius tabellio urbis Romæ, habens stationem in porticum de Subora, regione quarta, scriptor hujus chartulæ a die præsentis donationis post testium subscriptiones et tradione facta complevi et absolvi. — Johannes forensis civitatis Ravennatis scriptor hujus documenti... a testibus roboratum et traditum in præsentis complevi et absolvi (Spangenberg, p. 277, 212, 281).

leur commune intention de s'obliger ; en un mot, c'était la preuve matérielle de leur adhésion au contenu de l'acte. C'est cette adhésion finale des parties qui a été quelquefois confondue avec leurs *subscriptiones* dont cependant elle diffère complètement : la *scriptio* des parties précède celle des témoins, elle est écrite le plus souvent par un clerc du tabellion ; tandis que l'*absolutio* se trouve mentionnée seulement à la fin de l'acte et est l'œuvre personnelle de la partie qui s'oblige ; c'est un fait que ce tabellion se borne à constater. (Spengenberg, p. 202, 215, 274 et 276) (1).

Les tabellions ne signaient pas les actes, ils se bornaient à y opposer leur sceau ; l'expression « *signari* » que l'on rencontre dans les textes n'a pas le sens de signer ; *signum* veut dire cachet, d'où *signare*, apposer son cachet (Loyseau des offices II, V, § 43) : à cet effet, ils recevaient du préfet de la ville où ils exerçaient leurs fonctions un *annulus signatorius*.

La signature des parties ne paraît non plus avoir été requise : la *scriptio partium* dont parlent les textes n'était pas une signature, mais une mention mise au bas de l'acte constatant que les parties l'avaient pour agréable. La partie dont la *scriptio* était requise devait la rédiger elle-même, si elle savait écrire, sinon c'était un clerc du tabellion ; mais

(1) Il n'y avait pas de minute, mais on pouvait tirer plusieurs copies de l'original (*sheda*) ; ces copies s'appelaient *empla*, les simples extraits se nommaient *indices*. « La copie était baillée incontinent par le tabellion à la partie sans que le tabellion fût tenu de l'enregistrer auparavant ni même de garder sa note par après qui n'était qu'un brouillard inutile ». (Loyseau, *des offices*, II, V. § 44).

alors la *subscriptio* était précédée d'un signe quelconque, généralement une croix, tracée par la partie *litterarum nesciens* « *Signum † Sisiveræ honestæ feminæ supra scriptæ donatricis, omnia supra scripta agnoscentis et consentientis cui et relecta est* » (Spangenberg p. 215). Dans la vente on se contentait de la formule « *Signum † supra scripti Deusdedit viri honesti venditoris* » eod. p. 280). Dans tous les cas les contractants devaient apposer leur sceau à la suite de leur *subscriptio*.

Immédiatement après la *subscriptio* des parties, avant la *completio*, venaient les *subscriptiones testium* dont le nombre minimum avait été fixé à trois par la Novelle 73 « *Sed et si instrumenta publice confecta sint, licet tabellonium habeant supplementum, adjiciatur et eis antequam compleantur, testium ex scriptio præsentia* (Novelle 73, ch. 5). En ce qui concerne les témoins, il existe un texte qui montre bien que la *subscriptio* ne doit pas être confondue avec la signature ; ainsi un acte de donation est valable quoique non signé des témoins « *et sine testium subnotatione donationes valere præcipimus* (loi 31, C. 8, 53). Les *subscriptiones* contenaient, dans une formule semblable pour chaque témoin, un abrégé de l'acte à la confection duquel il avait assisté. Lorsque les témoins ne savaient pas écrire, ils apposaient seulement leur cachet, le tabellion mentionnait leurs nom et prénoms et certifiait leur présence (Spangenberg, p. 277, 263). Les nom, prénoms et domicile des témoins devaient encore être énoncés, mais sommairement, à la fin de l'*instrumentum forense*, après la *completio* ; la *notitia testium* était le complément indispensable de l'acte.

L'apposition du cachet était d'après ce que nous venons de voir une formalité commune tant au tabellion qu'aux parties et aux témoins : elle constituait non seulement une garantie de la présence de ces personnes à la rédaction de l'acte, mais encore une précaution contre les changements ou falsifications ultérieures. Le sceau en cire avait sa place marquée dans toutes les catégories d'*instrumenta* sur un fil qui de distance en distance traversait trois fois la marge, ainsi que l'atteste un sénatus-consulte conservé par le jurisconsulte Paul (Sentences V. 25, 6). « *Amplissimus ordo decrevit eas tabulas quæ publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatæ triplici lino constrigantur, atque impositæ supralinum ceræ signa imprimantur, ut exteriores scripturæ fidem interiori servent.* »

Telles étaient les formalités requises pour la confection des *acta forensia* ; il faut encore y ajouter certaines règles accessoires destinées à augmenter le crédit dont jouissaient ces actes dans la pratique romaine.

Les tabellions étaient tenus d'assister à la *transcriptio in mundum*, avant d'achever l'acte (*completionem imponere*) et de le remettre aux parties (Nov. 44 ch. 1 pr.), afin de pouvoir, au besoin, éclairer le juge sur la teneur et la sincérité de l'écrit ; cette règle offrait aux parties une sérieuse garantie dans le cas, où elles ne savaient pas écrire. Rien ne pouvait dispenser les tabellions de cette présence effective, ni les occupations, ni les maladies ; seulement ils avaient la faculté de faire comparaître les parties devant eux.

Si contrairement aux prescriptions légales, un tabellion se faisait substituer, l'acte n'était pas nul, mais le contrevenant était forcé de se démettre de sa charge en faveur de celui qu'il s'était substitué, pourvu que celui-ci fût capable. Mais à Constantinople, en raison du nombre des affaires, les tabellions furent autorisés à se faire remplacer par un substitut (*quasi vicarius*) agréé par le *magister census* (Nov. 44, chap. 4).

En pratique la *transcriptio in mundum* était faite par un clerc en présence du tabellion ou, à Constantinople, en présence de son remplaçant. La nouvelle 44 ne contenant rien de spécial à la *completio*, on pouvait conclure de ce silence que la présence du tabellion au moment de sa rédaction était suffisante. Or de cette formule découlaient la plupart des effets attachés aux *acta forensia*. Aussi Justinien, pour donner une plus grande sécurité aux conventions privées, décide-t-il dans la Nouvelle 73, ch. VII, § 2 que les *instrumenta publicè confecta* ne vaudront qu'autant que la formule finale sera l'œuvre du tabellion lui-même. Lorsque l'acte aura été écrit *per ministratem* c'est le tabellion qui viendra en justice, comme un simple témoin, attester sa *completio* ; et, au cas où il serait mort, c'est encore sa *completio* qu'on vérifiera. « *Et habeat ex collatione ad impletionem, et ex testibus causa fidem ; si vero nullus horum sit, fiat quidem completionum collatio (eodem loco)* ». Il importe, en effet, de savoir si elle est réellement son œuvre, puisque c'est par là seulement que l'acte reçoit son caractère propre, qu'il est *publicè confectum*. En outre le tabellion n'étant pas tenu de si-

gner l'acte, il n'existait d'autre marque de son intervention que la *completio*.

Au point de vue de leur forme les *acta forensia* se rapprochent assez de nos actes notariés ; on ne peut cependant les confondre avec eux, car l'autorité qui s'y attache est bien différente. A Rome, dit Danty (1) « les contrats ne faisaient point pleine foi comme parmi nous ; il fallait auparavant qu'ils fussent vérifiés par témoins, c'est-à-dire que les témoins dont le nom y était inscrit eussent été entendus devant le juge sur la vérité de l'écrit ». Même dans le dernier état du droit où l'écriture avait acquis une grande importance, les actes rédigés par les tabellions assistés de trois témoins ne faisaient pas preuve de leur contenu jusqu'à inscription de faux. *Non faciebant probationem probatam. sed tantum probationem probandam* disent les commentateurs du onzième siècle. (Mabillon, *de Re diplomatica*).

Le caractère distinctif de tous les écrits non publiés était de n'avoir aucune force probante par eux-mêmes « *si non aliis quoque adminiculis adjuventur, ad probationem sola (acta) non sufficiunt* » (loi 5, *C. de probat.*) Ce texte, il est vrai, ne s'applique qu'à l'écrit privé qui ne faisait foi qu'autant qu'il était reconnu vrai par la personne à laquelle on l'opposait ; mais il a en réalité une portée beaucoup plus générale.

Les *acta quasi-publicè confecta* tiraient leur autorité de la présence des témoins qui avaient assisté à leur confection et qui venaient en témoigner en justice. Il en était de même des *scripturæ forenses*. En

(1) Danty, sur Boiceau, la preuve par témoins, add. à la préface, p. 13.

cas de contestation, il fallait d'abord que le tabellion vint lui-même reconnaître son écriture et en affirmer avec serment la sincérité. On appelait encore en témoignage les deux auxiliaires habituels du tabellion : le clerc ou le scribe (*amanuensis*) qui avait écrit l'acte, et l'*adnumerator* ou *argentarius* qui, au moment de la passation de l'acte, avait compté les espèces ; ces deux témoins devaient également déposer sous la foi du serment. Lorsque le tabellion était mort, et que le clerc et l'*adnumerator* faisaient défaut, on procédait alors à la vérification de la *completio* : pour cela on la comparait à d'autres *completiones* du même tabellion ; il y avait également lieu d'examiner l'écriture des contractants et des témoins. Enfin, si ces opérations ne donnaient pas de résultat, la dernière ressource était de recourir aux dépositions des témoins instrumentaires : ceux-ci n'avaient qu'à attester la véracité des faits consignés dans leur *subscrætio* et confirmés par leur signature ou leur sceau (Nov. 44 et 73, chap. VII, § 1) ; s'ils reconnaissaient la *scriptio* comme émanant d'eux, ils n'étaient pas reçus à déposer contre ce qu'ils avaient attesté par écrit (loi 1, C. 4-20) : *Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur*. Ce n'était, en définitive, que la preuve testimoniale appliquée à la confection de l'acte dont le tabellion et les autres personnes qui y avaient assisté venaient déposer, comme ils auraient déposé de tout autre fait. En ce qui concerne les témoins, c'était leur déposition éventuelle qui était la raison d'être de leur intervention ; leur rôle ne commençait véritablement que lors de la production en justice de l'acte auquel ils avaient assisté.

La déposition du tabellion était prise en très grande considération : ainsi quand il se présentait seul, son témoignage appuyé de son serment était une garantie suffisante de la sincérité de l'écrit ; cependant il n'était pas reçu à l'égal d'un *testimonium publicum*, comme celui de l'*actuarius*. Au contraire, lorsque le clerc et l'*adnumerator* étaient appelés à déposer à défaut du tabellion, il fallait procéder à la vérification de la *completio* ; le juge tirait alors ses éléments de conviction de leurs témoignages et « *ex collatione adimplentionum*. » Tout cela nous explique pourquoi Justinien exige rigoureusement que la *completio* soit écrite par le tabellion en personne.

En résumé, les *scripture forenses*, bien que revêtues d'une force probante supérieure à celle des écrits privés et quasi-publics, n'offraient pas aux parties une garantie complète. Vers la fin du cinquième siècle, on imagina un moyen de suppléer à l'authenticité que les tabellions n'avaient pas mission de conférer ; ce fut la transcription des écrits dans les *acta publica* ou *gesta*.

CHAPITRE IV

DES ACTA PUBLICA

Les *acta publica* ou *gesta* sont des registres publics, *codices publici*, qui sont déposés aux greffes de certains fonctionnaires investis du *jus gestorum* ou aux archives de la curie, et dans lesquels on transcrit les actes relatifs aux intérêts des cités ou aux affaires des simples particuliers. Cette transcription portait le nom d'*insinuation*. Tout le monde pouvant prendre connaissance de ces registres, c'était une publicité analogue à celle qui existe actuellement. Nous allons rechercher l'origine et les cas d'application de cette institution ; nous décrirons ensuite quelle en était la forme, et nous dirons quelques mots de ses effets.

I

ORIGINE ET APPLICATION DE L'INSINUATION

L'existence d'établissements destinés à la conservation des actes publics est une des institutions les plus anciennes de Rome. A l'origine ce furent les temples de Vesta, d'Apollon et du Capitole qui servirent d'archives : au commencement de l'empire, le dépôt des actes augmentant sans cesse, on construisit à l'effet de les conserver des édifices spéciaux

(*tabularia*) à côté des temples. (Tite-Live 43, n° 16). Le *tabularium* dépendant du Capitole était de beaucoup le plus important; on y déposait tous les documents intéressant les affaires de la République : les traités avec les nations étrangères et les peuples vaincus, ainsi que les lois du peuple romain et les registres du cens. (Cic. *Philip.* II, 37. — Tite-Live 26 n° 24 — 38 n° 33). Comme on le voit les archives ne comprenaient alors que les *monumenta publica*, déjà authentiques par eux-mêmes ; le dépôt n'était qu'une formalité complémentaire destinée à assurer leur conservation.

Au troisième siècle Ulpien mentionne cet usage comme fort ancien (loi 9 § 6, D. 48, 19), mais de son temps l'institution s'était sécularisée : ce n'étaient plus en général les temples qui servaient de dépôts publics. Sous Marc Aurèle l'établissement d'archives s'étendit considérablement : ce prince ordonna que les enfants de chaque citoyen fussent déclarés auprès des préfets du trésor de Saturne (*professiones apud præfectos ærarii Saturni*) dans les trente jours de leur naissance et les actes déposés aux archives (*Julius Capitolinus*, ch. IX). A Rome c'était le *tabularium* du peuple, édifice voisin du temple de Saturne et qui en faisait encore partie, qui servait de dépôt pour les actes de l'état civil « *Populi tabularia ubi actus continentur : significat autem templum Saturni, in quo ærarium fuerat et ubi reponebantur acta quæ susceptis liberis faciebant parentes* (Servius, in *Georg.* II vers 502 ; — Juvénal *Sat.* IX vers 84). Dans les principales villes de l'Empire, Marc Aurèle établit des conservateurs des actes de l'état civil, *ut si forte aliquis in provincia natus causam liberalem*

diceret testationes inde ferret. Enfin Justinien généralisa l'institution des archives publiques en décidant (Nov. 15, V. § 2) qu'il en serait établi dans tous les lieux où il n'en existait pas encore.

Ces archives étaient à Rome et à Constantinople sous la direction du *magister census*; (Nov. 15, ch. 1 § 1), dans les provinces elles furent d'abord sous la direction du *præses provinciae*, puis sous celle des magistrats municipaux et des *defensores*. L'officier préposé à la tenue des archives se nommait *actuarius* ou *ab actis*; sous ses ordres étaient les *scribæ* dont la mission consistait à copier les documents déposés aux archives et à en fournir des expéditions.

Le dépôt aux archives des actes de l'autorité publique ne constituait pas l'*insinuation* : cette formalité ne s'appliquait qu'aux actes entre particuliers auxquels on voulait donner la garantie de l'authenticité qui s'attachait à tous les actes renfermés dans les *tabularia*. Voyons comment s'introduisit cette pratique de l'insinuation.

Il n'est pas aisé de déterminer d'une façon précise l'époque à laquelle on commença à insinuer dans les *gesta* les actes ayant trait au droit privé ; à l'époque des grands juriconsultes ce procédé est encore inconnu, bien que l'usage des archives et des registres municipaux soit alors en pleine vigueur : le Digeste mentionne en effet des *scribæ magistratus* (loi 18 § 17 D. 50. 4), des archives *archium vel grammatophylacium quo in publico instrumenta deponuntur* (loi 9 § 6 D. 48. 19), des archivistes (*archeotæ*) (loi 18 § 10 D. 50. 4), la table de Malaga (§ 63) parle de *tabulæ communes municipum* dans lesquelles on insérait tout ce qui intéressait les affaires

de la cité. Mais en tout cela, nulle trace d'insinuation des actes privés.

Un premier pas dans cette voie paraît avoir été fait dès l'époque classique ; on en trouve la preuve d'abord dans un texte de *Venuleius* : « *Curent magistratus cujusque loci, testari volentibus et se ipsos et alios testes vel signatores præbere : quo facilius negotia expliventur, et probatio rerum salva sit* (loi 22 D. 22. 5). Mais ce recours au magistrat municipal afin de s'assurer la preuve d'un contrat, est facultatif pour les parties (*volentibus*). Deux autres textes, appartenant à la première moitié du troisième siècle, sont plus précis encore : ce sont les §§ 266 et 268 des fragments du Vatican, tous deux relatifs à l'hypothèse d'une donation ; nous y voyons que déjà il était d'usage de faire *apud acta* une déclaration de toute libéralité (*professio donationis apud acta facta*) et d'en dresser un écrit (*instrumentum donationis*). Mais ces déclarations et écritures ne liaient pas le donateur : tant qu'elles n'étaient pas suivies d'une mancipation ou d'une tradition, il était libre de revenir sur son intention de libéralité, *si neque mancipatio, neque traditio secuta est, solis actis dominium non transisse*.

Le caractère obligatoire de l'insinuation n'apparaît que plus tard : c'est en matière de donation que cette formalité fut d'abord exigée, comme condition essentielle de l'acte ; puis la coutume s'établit de présenter à l'insinuation les actes les plus importants du droit privé.

Le premier, l'empereur Constance Chlore rendit l'insinuation obligatoire pour toutes les donations, quel qu'en fut le chiffre ; c'est ce que reconnaît une

constitution de son fils Constantin de l'année 316 (loi 1 C. Th. 3, 5; cf loi 3 C. Th. 8. 12). Comme conséquence Constantin exigea qu'elles fussent constatées par écrit (loi 1 C. Th. 8, 12 et *Fragm. Vat.* § 249); mais en 428 une constitution des empereurs Théodose et Valentinien valida les donations faites sans écrit (loi 29 C. 8, 53) et un demi siècle plus tard, en 478, l'empereur Zénon confirma cette innovation. (loi 31 eod.) Au temps de Justinien la nécessité de l'insinuation était déjà restreinte aux donations excédant 200 solides (1). (*Inst.* II, ch. 7, § 2). En 529 Justinien porta d'abord ce chiffre à 300 solides (loi 34 C. 8, 53) et peu de temps après, en 531, à cinq cents (loi 36 § 3, eod.). L'omission de cette formalité emportait de plein droit nullité de la donation, mais seulement pour le surplus. Une dernière modification introduite par l'empereur Léon (Nov. 50) mit fin pour les donations à l'enregistrement *apud acta*: si la donation est inférieure à 500 solides, il n'est pas nécessaire qu'elle soit faite par écrit, la présence de trois témoins suffit pour la rendre valable; si elle est supérieure à cette somme, il faut un écrit, à peine de nullité pour le surplus, mais cet écrit n'est qu'un sous-seing non soumis à l'insinuation.

L'insinuation était requise en principe pour assurer la publicité des donations et éviter ainsi les libéralités immorales; accessoirement elle avait l'avantage d'assurer la conservation de l'acte et de procurer aux parties un moyen de preuve à l'abri de tout soupçon. Envisagés à ce point de vue les *acta publica* présentaient sur les écrits privés une telle su-

(1) Environ 3,000 francs de notre monnaie.

priorité que l'usage de l'insinuation devint général. Dans beaucoup de contrats du cinquième siècle, recueillis par Spangenberg, on trouve une clause relative à l'insinuation. L'écrit privé pouvait être falsifié ou égaré ; en outre, dans certains cas, il pouvait être soumis à la vérification d'écritures. Pour éviter toute difficulté les contractants requéraient son inscription dans les *gesta* : Justinien ne fait que s'inspirer de cette pratique, encore assez rare, lorsqu'il conseille aux parties de déclarer leurs conventions aux magistrats investis du *jus actorum* et de leur demander l'insinuation (nov. 73, VII § 3) ; son conseil fut suivi, en sorte que le domaine extra-légal de l'insinuation dépassa de beaucoup celui que le législateur lui avait assigné. Nous allons suivre maintenant cette institution dans ses principaux développements.

En ce qui concerne les testaments, l'insinuation ne fut jamais imposée par la loi ; et cependant c'est peut être le premier acte qui ait été soumis à la publicité ; en effet, une constitution d'Alexandre Sévère de l'année 225 mentionne les testaments inscrits sur les registres judiciaires : *Publicati semel testamenti fides quamvis ipsa materia in qua primum a testatore scriptum relictum fuit, casu, qui probatur, intercidit, nihilo minus valet* (Loi 2, C. 6, 23). Cette manière particulière de tester donnait aux volontés du disposant une autorité plus grande ; en même temps, l'impôt du vingtième sur les successions était d'une perception plus facile. En 399, cette pratique paraît générale « *Securus erit, qui actis cujuscumque judicis, aut municipum aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit judicium* (Loi 19, *eod.*). Enfin sous Justinien, le législateur reconnaît certains effets

à l'insinuation des testaments : il n'est plus nécessaire de faire un second testament pour révoquer un testament antérieur ; un simple acte de révocation enregistré *apud acta* vaudra après un délai de dix ans et révoquera ainsi le testament jusqu'alors valable.

L'autorité publique intervenait encore après le décès du testateur : lorsque le testament était ouvert, généralement de trois à cinq jours après le décès (*dies legitimus*), on en donnait lecture à haute voix, c'est ce qu'on appelait la *recitatio* ; puis, revêtu d'un sceau public, l'original était déposé dans les archives locales pour servir de preuve en cas de difficultés sur la liquidation de la succession, et en même temps pour qu'on pût, si par hasard la copie venait à être détruite, en demander une autre aux archives : *ac deinde signo publico obsignatum in archium redigatur, ut, si quando exemplum ejus intercididerit, sit inde peti possit* (Paul, *Sent.* IV, 6, § 1). Ces diverses formalités devaient être accomplies au lieu même où avait été insinué le testament, et, autant que possible, en présence des mêmes témoins. La violation de ces prescriptions avait pour effet de rendre nulles les dernières volontés du défunt (Loi 4, C. Th. IV, 4). *Quem si quis in hac urbe voluerit mutare, irritam mortuorum videri faciet voluntatem.*

En matière de conventions privées l'insinuation était encore usitée dans un grand nombre de cas dont voici les principaux.

Les *acta publica* offrirent, mais seulement à une époque avancée du droit, un moyen facile d'affranchissement : l'esclave que, dans un acte public,

son maître avait appelé du nom de *fil*s obtenait la liberté et avec elle le droit de cité romaine (Loi uniq. § 10, C. 7, 6).

L'adoption pouvait se faire en la même forme : le père naturel, l'adoptant et l'adopté se présentaient devant le juge compétent qui recevait leur déclaration et la consignait dans les actes publics (Loi 11, C. 8, 48).

En 502 une constitution de l'empereur Anastase décide que lorsqu'un père voudra émanciper son fils, il devra obtenir un rescrit du prince et le faire insinuer dans les actes du juge compétent (Loi 5, C. 8, 49). Justinien simplifie encore cette forme de l'émancipation : une déclaration devant le magistrat suffira désormais (Loi 6, *eod.*),

A son entrée en fonctions, le tuteur devait faire un inventaire en présence des *tabularii* : un exemplaire de ce procès-verbal était vraisemblablement déposé dans les archives pour faire foi à l'occasion (loi 4, C. Th. 3, 19 — loi 32, C. Just., 1, 3). En outre, nous avons vu que déjà du temps d'Ulpien, les fidéjusseurs fournis par le tuteur étaient obligés par le seul fait de l'inscription de leur nom dans les *acta publica* (loi 4, § 3, D. 27.7).

En matière de vente, les parties recouraient fréquemment à l'insinuation, il suffit, pour s'en rendre compte, de consulter le recueil de Spangenberg ; de même, en cas de société (loi 6, C. Th. 6, 22). S'il s'agit d'un mandat, le mandataire constitué par un acte public sera considéré comme un *cognitor* et non comme un *procurator* (*Frag. Vat.*, § 317). Ajoutons enfin que l'acte public devait être également très usité dans la constitution d'hypothèque, puisque

l'empereur Léon lui avait accordé la préférence sur l'acte privé (loi 11, C. 8, 18).

Connaissant l'origine et l'étendue d'application de l'insinuation, nous allons maintenant rechercher quels étaient les magistrats investis du *jus gestorum*, et en quelle forme se faisait l'insinuation.

II

FORME DE L'INSINUATION

Le *jus gestorum* appartenait aux fonctionnaires qui avaient la *juridictio* ; mais les magistrats supérieurs, le préteur à Rome, le président dans les provinces, avaient coutume de déléguer leurs pouvoirs en cette matière, soit d'une manière générale, soit pour un cas déterminé (loi 16, D. 2, 1). Cela était de toute nécessité au cas où le président résidait dans un endroit trop éloigné, il était plus commode de s'adresser à la curie de la ville que l'on habitait ; c'est ce que nous dit un texte de la façon la plus précise : *Quæ omnia consignare actis judicis præstat. Quod si judex aberit, cui summa provinciæ commissæ est, mandetur istud magistratuum actis, atque ut nullus sit subjiçendi aut surripiendi locus, cum alterutri commodum sit, eorum exemplis idem magistratus adscribant* (*Frag. Vat.*, § 249).

En 366, une constitution de Valentinien et de Valens accorda expressément aux magistrats municipaux le pouvoir d'insinuer les actes : *Magistratus conficiendorum actorum habeant potestatem* (loi 2, C. 1, 56). Désormais, ils agirent en vertu d'un pouvoir propre qui jusqu'alors ne leur avait pas été

reconnu : les textes antérieurs à 366 qui parlent de l'insinuation par les magistrats municipaux supposent toujours qu'ils agissent en vertu d'une délégation (lois 1 et 3, C. Th. 8,12).

C'était donc presque toujours dans les *gesta municipalia* — bien que le magistrat supérieur n'eût rien perdu de sa compétence — que se faisait l'enregistrement des actes. Mais les magistrats municipaux, les duumvirs, n'étaient pas seuls compétents en cette matière. Les parties avaient la faculté de s'adresser, suivant leurs préférences, à d'autres personnes publiques : ainsi les *curatores reipublicæ* pouvaient également, dès le temps de Constantin, procéder à l'insinuation : (loi 3 C, Th. 8,12) ; mais cette fonction leur fut retirée en 415 par Honorius et Théodose comme indigne d'eux (loi 8, C. Th. *eod.*) ; puis, à partir de 409, les *defensores civitatis*, dans les villes où il n'y avait pas de magistrats, purent aussi insinuer les actes (loi 3, C. Th. XI, 8). Plus tard, lorsque le régime municipal fut tombé en décadence, l'usage se répandit de recourir aux évêques, et cela d'autant plus facilement qu'en beaucoup d'endroits c'était l'évêque même qui était défenseur de la cité. A partir d'Anastase, en 496 (loi 32, C. 8,53), les magistrats municipaux et les défenseurs n'eurent plus qualité pour insinuer les donations, et il est probable que la prohibition s'étendit aux autres contrats ; car sous Justinien il n'est plus fait mention des *acta municipalia* ; mais ce prince rendit en partie aux défenseurs leur ancienne compétence (nov. 15, ch. 3).

Lorsque les parties voulaient procéder à l'enregistrement d'une convention, elles se présentaient devant le magistrat du lieu où elles étaient domiciliées :

à Rome et à Constantinople le *magister census*, dans les provinces, le *præses provinciæ*, ou le juge local. Cette condition était prescrite sous peine de nullité de l'acte, tout au moins pour les donations : « *Placet ut nulli liceat extra provinciam lapemque suum donationum instrumenta apud acta allegare, sed in quo domicilium habuerit, atque possessiones constitutæ sunt, apud suum ordinarium judicem, vel si eum abesse contigerit, apud curatorem municipales ejusdem civitatis* (loi 1, C. Th. 8,12).

Cette opération se faisait *quasi sub forma judicii*, en présence d'un véritable tribunal (loi 1, § 10, C. 7,6) : le magistrat devait, en effet, se faire assister par trois des principaux de la curie, outre le greffier (*exceptor*) (1). C'est ce qu'exigea une constitution d'Arcadius et d'Honorius de l'an 396 : « *Municipalia gesta non aliter fieri volumus, quam trium principalium præsentia ; excepto magistratu et exceptore publico, semperque hic numerus in eadem actorum testificatione servetur. Sic enim et fraudi non patebit occasio, et veritate majore crescit auctoritas* (loi 151, C. Th. 12,4). Il fallait donc cinq personnes publiques pour tout enregistrement d'actes. Mais en 445, sous Valentinien III, les curies commençant à se dépeupler, ce nombre fut réduit à trois curiales outre l'*exceptor* (Nov. Théod. tit. XXIII).

Devant le tribunal ainsi composé, l'écrit renfermant

(1) L'*exceptor* est spécialement le greffier du magistrat écrivant les minutes des sentences sous sa dictée ; l'*actuaris* est le proposé aux archives, le teneur de livres, ou plus particulièrement le greffier du gouverneur de la province ; *amunuensis*, le scribe de la curie, le secrétaire.

la convention était lu en entier par le greffier, c'était la *professio* ou *recitatio*; puis les comparants reconnaissaient que l'acte qui venait d'être lu était la traduction fidèle et exacte de leurs volontés, et en requéraient l'insertion dans les registres publics; le tribunal faisant droit à cette demande, l'acte était copié en entier sur le registre, c'était l'*insinuation*. L'ensemble de ces deux formalités constituait la *gestis alligatio* ou *allegatio* ou la *testificatio gestorum*, (l. 31, C. 8, 53).

C'est à propos de l'ouverture des testaments que le jurisconsulte Paul nous a retracé le cérémonial du testament solennel : *Tabulæ testamenti aperiuntur hoc modo, ut testes vel maxima pars eorum adhibeatur, qui signaverint testamentum, ita ut agnitis signis, rupto lino, aperiatur et recitetur, atque ita describendi exempli fiat potestas; ac deinde signo publico obsignatum in archium redigatur, ut, si quando exemplum ejus interciderit, sit unde peti possit* (*Sentences*, IV, 6 § 1, cf. également § 2) (1). Et Cujas commentant ce passage de Paul, a reproduit dans leur entier les formalités relatives au testament public ou judiciaire, c'est-à-dire insinué *apud acta*,

(1) Il ne faudrait pas croire que toutes les formalités décrites par Paul, notamment le dépôt du testament aux archives, fussent usitées de son temps : ce jurisconsulte vivait sous Septime Sévère et Caracalla (au troisième siècle), c'est-à-dire à un moment où l'insinuation des actes privés n'était pas encore répandue, si même elle était déjà connue. Ce texte reflète bien plutôt la pratique du cinquième siècle; la lecture du § 2 ne peut que confirmer cette conjecture. D'ailleurs le texte des *Sentences* de Paul ne nous est connu que par la *Lex Romana Wisigothorum*; il est probable qu'il a subi les mêmes mutilations que celui de Gaius, tel que ce dernier nous était connu avant la découverte du palimpseste de Vérone. On doit donc, en ce qui concerne l'étude du droit romain de l'époque classique, se servir des *Sentences* de Paul avec une grande circonspection.

Il s'agit d'un mandataire du nom de Titius, qui vient au nom de son mandant, Gaius, demander l'insinuation du testament de ce dernier ; la cérémonie se passe devant les curiales présidés par le *defensor*. Voici cette formule :

« Anno illo, sub die illa, civitate illa, adstante de-
« fensore, et omni curia illius civitatis, Titius pro-
« secutor dixit : Peto, optime defensor, vosque lau-
« dables curiales atque municipales, ut mihi codices
« publicos patere jubeatis. Quædam enim in mani-
« bus habeo, quæ gestorum cupio allegatione robo-
« rari. — Defensor et curiales dixerunt : Patent tibi
« codices publici, prosecute quæ optas. — Prose-
« cutor dixit : Gaius vir illustris mihi mandavit, tes-
« tamentum, ut mos est, gestis municipalibus insi-
« nuarem. — Defensor dixit : Amanuensis mandatum
« accipiat et recitet. Post recitationem mandati, de-
« fensor dixit : Mandatum quidem recitatum est, sed
« testamentum, quod præ manibus te habere dicis,
« etiam nobis præsentibus recitetur, et, ut postulas,
« gestis publicis firmetur. — Post recitationem tes-
« tamenti, defensor et curiales dixerunt : testamen-
« tum quod recitatum est, gestis publicis inferatur.
« — Prosecutor dixit : Hoc amplius peto, optime de-
« fensor, ut mihi gesta publice edantur. — Defensor
« et ordo curiæ dixerunt : Quia testamentum et man-
« datum rite condita, et bonorum virorum subscrip-
« tionibus firmata cognovimus, equum est, ut gesta
« cum a nobis fuerint subscripta, et ab amanuensi
« edita, tibi ex more tradantur, eadem in archiis pu-
« blicis conserventur ». (Cujas, Œuvr. compl., tome
I, p. 446 — cf. Formules de Marculfe, II, nos 37 et
38 ; édit. de Rozière, form. 259, p. 313, tome I).

De cette formule, il résulte d'abord que les requérants devaient comparaître en personne (cf. Novelle 73, VII § 3 ; *ipsi contrahentes*) ou déléguer spécialement quelqu'un : en effet, le premier soin du *defensor* et des curiales est de vérifier la régularité de la procuration, laquelle devait contenir la signature d'hommes de bonne renommée : *mandatum rite conditum et bonorum virorum subscriptionibus firmatum*. En second lieu, c'était l'original lui-même que les parties devaient présenter à l'insinuation : d'ailleurs pour constater la véracité d'un testament, il fallait nécessairement que les curiales eussent l'original entre les mains.

La fin de la formule nous indique comment était constaté le dépôt : lorsque l'acte était lu et vérifié, le magistrat y apposait une mention de dépôt qu'il signait ainsi que les curiales. Puis, sur l'ordre du tribunal, l'*amanuensis* dressait un procès-verbal du dépôt sur les registres, et à la suite il transcrivait en entier l'acte à insinuer ; enfin, l'original était déposé aux archives ; mais les parties pouvaient en obtenir des copies *cum ab amanuensi edita, tibi ex more tradantur*. Ce dernier détail se rencontre déjà dans le fragment de Paul : pour démontrer l'utilité de l'insinuation, ce jurisconsulte nous dit que si l'*exemplum* de l'acte insinué est perdu, on saura où il faut aller en chercher un autre ; or l'*exemplum* n'est autre chose qu'une copie.

Aucune condition spéciale n'était requise pour la confection de l'acte qu'on voulait insinuer : il importait peu que ce fût un écrit privé, un acte quasi public ou un *instrumentum forense*. L'intervention des témoins était inutile puisqu'on recourait précisément à l'insi-

nuation pour donner à l'acte une autorité supérieure à celle qui pouvait résulter de leur présence : « *In donationibus quæ actis insinuantur non esse ne habere : nam superfluum est privatum testimonium cum publica monumenta sufficiant* (loi 31 C. 8, 53). Il est donc inutile, au point de vue de l'insinuation, de distinguer la forme des écrits, puisque dans tous les cas le dépôt de l'acte aux archives lui donnait la même autorité, ainsi que le prouvent les textes suivants : *Gesta, quæ sunt translata in monumenta publica, habere volumus perpetuam firmitatem* (loi 6 C. 7, 52) ; *quod ex publicis archivis profertur, et publicum habet testimonium* (Nov. 49, II § 2) ; cette Novelle ajoute que les écrits publics pouvaient servir à la comparaison d'écritures bien qu'ils ne fussent pas rédigés par un tabellion ni signés de trois témoins.

A partir du jour de l'insinuation, l'acte faisait pleine foi par lui-même et à l'égard de tous : *donationes publicatæ obtineant inconcussam et perpetuam firmitatem* (loi 30 C. 8, 53) ; *charta quæ profertur ex archivo publico testimonium publicum habet* (loi 19 C. 21, 6). En outre, et c'était là l'effet le plus important des *monumenta publica*, non seulement ils étaient opposables à tous autres écrits, mais encore ils étaient préférables à la preuve testimoniale *Census et monumenta publica potiora testibus esse senatus censuit*. C'est le seul cas où la preuve littérale l'emporte sur le témoignage oral.

La force probante des actes publics romains découlait, comme celle de nos actes authentiques, du témoignage d'une personne publique, instituée par la loi

pour recevoir les déclarations des parties. Le procès-verbal de dépôt dressé par l'*actuarius* ou l'*exceptor*, sur l'ordre du tribunal, est un *testimonium publicum*, cette constatation matérielle d'un fait par un officier public investi de ce pouvoir est dispensée de toute vérification ultérieure; en effet, contrairement à ce que nous avons vu pour le tabellion, l'*actuarius* n'est jamais appelé à témoigner en justice. Aussi a-t-on assimilé (1) les *acta publica* à nos actes sous-seing privés déposés par les parties au rang des minutes d'un notaire et reconnus par elle dans l'acte de dépôt: dans les deux législations romaine et française l'acte ainsi déposé devient pleinement authentique.

(1) Toullier, *Droit civil*, VIII, n° 199.

DROIT BARBARE

DESTINÉES DES GESTA APRÈS LES INVASIONS

La pratique de l'insinuation s'étendait à toutes les provinces de l'Empire comme le régime municipal dont elle n'était que le corollaire. Elle survécut à la chute de la domination romaine : les cités conservèrent en effet leur administration locale et par suite l'on continua de transcrire les actes de droit privé dans les registres de la curie. Au reste ce maintien des Gesta tenait également à des causes plus générales et plus élevées.

Quand l'empire d'Occident eût succombé sous les efforts des Barbares, le droit romain n'en conserva pas moins son autorité ; pendant longtemps il coexista avec les coutumes germaniques, grâce à l'influence qu'il exerçait sur l'esprit grossier des conquérants. A vrai dire, on ne connaissait guère à cette époque que le droit des praticiens et des tribunaux, sorte de droit romain populaire qu'une distance de plus en plus grande séparait du droit romain officiel. Or, parmi les traditions de la pratique romaine que l'on retrouve pendant la période barbare, celle des Gesta est sans contredit l'une des plus vivaces.

D'ailleurs, tous les contractants n'avaient pas la

faculté d'user de l'insinuation. En effet, depuis les invasions, deux populations vivaient sur le sol de la Gaule sans se mêler, au moins au point de vue juridique : le principe de la personnalité des lois déterminait le droit applicable à chacune d'elles. Les Barbares continuèrent à se régir suivant leurs lois nationales, bien que de bonne heure de nombreuses dérogations fussent apportées à cette règle ; le droit romain resta la loi de l'Eglise et des anciens sujets de Rome, eux seuls purent désormais se servir de l'insinuation.

L'étude des Gesta dans le droit barbare est donc la suite naturelle de celle que nous venons de faire pour la période du Bas-Empire : après avoir vu naître et se développer l'enregistrement, *apud acta*, nous allons maintenant assister à son déclin. Nous bornerons nos recherches à l'Italie et à la Gaule : à l'Italie où cette institution prit naissance ; à la Gaule qui seule désormais doit nous occuper. Au sujet de la première, le célèbre cartulaire de Ravenne nous fournira de précieux renseignements ; quant à la seconde, c'est surtout dans les recueils de formules que nous rencontrerons les derniers vestiges des *gesta municipalia*.

CHAPITRE PREMIER

DES GESTA MUNICIPALIA EN ITALIE

Dans les premiers temps de l'invasion les *gesta* ne subissent aucun changement ; seulement l'emploi en est exclusivement réservé aux vaincus, à cause du principe de la personnalité des lois. Les habitudes de la pratique sont également les mêmes : c'est toujours en matière de donations et de testaments que l'insinuation est le plus fréquemment usitée. Enfin les formules des époques impériale et barbare sont semblables ainsi que nous allons pouvoir le constater.

Les formalités requises pour l'ouverture des testaments rappellent celles que nous avons déjà décrites : les témoins, — ou au moins la plus grande partie d'entre eux, — reconnaissent leurs sceaux et leurs subscriptions, puis le fil de lin est coupé, le cachet rompu et le testament ouvert est lu en présence des magistrats municipaux, le défenseur de la cité et les *dumvirs* sans compter l'*exceptor* ou greffier. Le procès-verbal d'ouverture contient le résumé de ces opérations : « *Defensor, Quinquennalis et iterum Magistratus dixerunt : quoniam de agnitis signaculis vel superscriptionibus testium responsio patefecit, nunc carta testamenti resignetur, linum incidatur, aperiatur et per ordinem recitetur.* » Tout ce cérémonial se trouve décrit plus au long avec un soin minutieux, et à propos de chaque testament, dans

une formule de l'année 552 relative à l'ouverture de cinq testaments faits en faveur de l'Eglise de Ravenne : la plus ancienne de ces pièces remonte à 474, la plus récente à cette même année 552. Durant ce long espace de temps, et bien que la domination de l'Italie appartint successivement aux Hérules, aux Ostrogoths et aux Grecs, on n'aperçoit aucun changement dans les formes prescrites pour l'ouverture des testaments. Cette formule présente en outre une particularité curieuse : on y voit déjà appliquée en Italie la Novelle 47 de Justinien qui est de l'année 537 ; en tête du dernier testament lu devant la curie figurent l'année du règne de l'empereur, le nom des consuls en exercice, l'indiction, le mois et le jour ; or, ce testament est daté de l'année 552, c'est-à-dire l'année même où Narsès reconquiert l'Italie sur les Goths et fonde l'exarchat de Ravenne. Notons enfin que la formule se termine par la mention de la décision des curiales, ordonnant que les actes qui viennent d'être lus devant eux soient insinués dans les *gesta* : *quæ lecta sunt, gesta suscipiant* ; et ensuite qu'une expédition soit délivrée aux représentants de l'Eglise de Ravenne, qui ont provoqué l'insinuation, pour leur servir ce que de droit : *gesta vobis ex his, quæ acta sunt, competens ex more edere curabit officium*. Les *duumvirs* confirment ce décret par l'apposition de leurs subscriptions : *edantur, edantur* ; puis l'*exceptor* mentionne en dernier lieu que l'insinuation a été accomplie et l'expédition délivrée : *Fl. Severus exceptor pro Bonilo Prærogativario edidit*. Ces diverses formalités ont lieu sur la réquisition des mandataires (*actores*) — en l'espèce ce sont le Président (*Primicerius*) et le Vice-Président (*Secundocirius*) de l'ordre des notaires de

Ravenne (Spangenberg, p. 90 et seq.; cf Marini, *i papiri diplomatici* n° 74, p. 110 à 115).

L'insinuation des donations a lieu également dans les mêmes formes qu'au Bas-Empire; on peut aisément s'en rendre compte par l'examen des trois documents qui suivent. Le premier, de l'année 489, est une donation faite par le roi des Hérules, Odoacre, à un certain Pierius et a pour objet des immeubles situés en Sicile; l'acte est d'abord insinué à Ravenne parce que c'est en cette ville que la donation est faite; puis à Syracuse où a lieu nécessairement la tradition des immeubles, ainsi que l'exigeait la loi romaine (1) (Spangenberg, p. 164 et seq. — Marini, n° 83, p. 129 et 130). Le second, de l'année 491, est une donation faite par une femme à l'évêque de Ravenne; enfin le troisième, postérieur à la conquête byzantine (553) contient également une donation par une femme d'origine gothique en faveur de l'Eglise de Ravenne (Spangenberg, p. 173 et 183. — Marini, n°s 84 et 86, p. 130 et 133).

Quoique ces actes appartiennent à des époques bien différentes, on y relève les mêmes détails : le donataire ou son mandataire (*actor*) se présente devant la

(1) *Gestorum quoque confectionem sive ante traditionem, sive post traditionem fieri oportebit, ut instrumentum, quo continetur munificentia, apud acta publicetur... Gesta confici super rebus, etiam alibi conlocatis, ubicumque sufficiet, ita ut traditio corporalis in locis, ubi res donata consistit, omnimodo celebretur* (loi 8 C. Th. VIII, 12, de donat. Cf. loi 1 et 3 *eod. loc.*). L'insinuation devait être accompagnée de la mancipation, ou suivant les cas de la tradition, en présence de témoins pris dans le voisinage (*advocata vicinitate*). Exceptionnellement les donations faites par des ascendants ou les donations *propter nuptias* sont parfaites par le simple consentement (loi 5, *eod. loc.* — loi 8 *in fine*, C. Th. III, 5). En pratique la tradition était symbolique : elle se faisait le plus souvent par la remise de l'écrit. De cette coutume dérive la *traditio per chartam* du Moyen âge que nous examinerons plus loin.

curie, muni de l'acte de donation, et en requiert l'enregistrement. L'acte est lu, puis insinué du consentement du donateur, après avoir été par lui reconnu sincère et véritable; enfin, sur une nouvelle réquisition des parties, on leur donne expédition de l'acte (*ut petistis, gesta eduntur ex more*), et on dresse du tout un procès-verbal confirmé par les subscriptions des magistrats et de l'*exceptor*. Les formes suivies pour l'insinuation des donations sont donc analogues à celles des testaments.

La législation de Justinien introduite à la suite de la conquête ne changea point les anciennes règles du Droit romain en matière d'insinuation, elle ne fit que les compléter : on en trouve la preuve dans un acte de donation de 553 qui contient une nouvelle application de la Novelle 47, mais ne renferme pas d'autre innovation au point de vue de la rédaction. Toutefois cet acte présente cette particularité que la donatrice consent dès à présent à ce que le donataire fasse insinuer la donation si bon lui semble, et sans qu'il soit besoin de demander à nouveau son consentement devant la curie, la présente déclaration devant suffire : « Gestis etiam, quibus volueritis, allegandi liberum »
« ex nostra permissione, nostrum ulterius minime »
« requirentes consensu, sumatis arbitrium, promittentes quoque, si necessarium fuerit, inter acta »
« præbere ræspansom, quemadmodum et in præ »
« senti curialibus hujusce urbis sum professsa. »
Mais il ne paraît pas que cette formalité ait jamais été remplie; en effet, l'acte ayant été par avance reconnu par la donatrice comme émanant d'elle, il était superflu de le transformer immédiatement en un acte public, le donataire pouvant toujours, en cas de né-

cessité, le faire insinuer sans le concours de la donatrice: en pratique il n'est pas douteux qu'il ait été considéré comme ayant la même valeur qu'un acte public, et cependant, en la forme, ce n'est qu'une *scriptura forensis*.

La pratique romaine de l'insinuation n'a pas laissé des traces seulement dans les formules, elle a encore marqué son empreinte dans la législation barbare. D'après l'édit de Théodoric (1) les donations *immobilières* doivent être faites par écrit et insinuées *in gestis municipalibus*; l'édit innove même en décidant que pour la tradition l'assistance des magistrats municipaux est aussi nécessaire que pour l'insinuation. A ce propos toutes les formalités de l'enregistrement y sont minutieusement décrites § 52: « Si
« vero prædium rusticum aut urbanum quisquam
« libero arbitrio conferre voluerit, scriptura munifi-
« centiæ etiam testium subscriptionibus roborata
« gestis municipalibus allegetur, ita ut confectioni
« gestorum præsentés adhibeantur tres curiales, aut
« magistratus, aut pro magistratu defensor civitatis
« cum tribus curialibus aut duumviri, vel quin-
« quennalis — § 53. De traditione vero, quam semper
« in locis secundum leges fieri necesse est, si magis-
« tratus, defensor, duumviri aut quinquennalis forte
« defuerit, ad conficienda introductionum gesta, tres
« sufficiant curiales: dummodo vicinis scientibus
« impleatur corporalis introductionis effectus » (2).

(1) Cet édit promulgué en l'an 500, à Rome même, est très important; il était destiné, dans la pensée du législateur barbare comme dans l'application, à opérer une fusion entre les conquérants et les vaincus: il laissa cependant subsister la législation antérieure des Romains et des Goths pour tous les cas qu'il ne prévoyait pas; et ces cas devaient être très nombreux, car l'édit était très court et le droit civil y était seulement effleuré.

(2) Walter: *Corpus juris germanici*, t. I, p. 401 et 402.

Quant aux donations *mobilières*, elles sont parfaites par la seule tradition et quelle que soit la valeur de la chose donnée; pour la plus grande commodité de la preuve les parties peuvent recourir à la confection d'un écrit signé de témoins, mais elles n'y sont pas obligées (§ 51). C'est la première fois, croyons-nous, qu'au point de vue de l'insinuation on distingue les donations suivant qu'elles ont pour objet des meubles ou des immeubles.

De cette distinction il résultait que les donations immobilières pouvaient être faites sans remplir d'autre formalité que la tradition de l'objet donné; ou bien si les parties convenaient de dresser un écrit, ce n'était là qu'un instrument probatoire, une simple écriture privée. Au contraire les donations immobilières devaient être nécessairement rédigées par écrit et enregistrées; de sorte que l'écrit, outre qu'il faisait pleine foi de son contenu, était à la fois un élément essentiel du contrat et un élément de publicité. Mais ce dernier élément était de tous le plus important: jusqu'à l'insinuation une donation d'immeuble n'avait pas, en principe, d'existence légale.

Au temps de Théodoric l'insinuation était donc d'une application générale et en certains cas obligatoire: la décadence du régime municipal n'eut même pas pour effet de limiter cette obligation légale. Seules les villes importantes possédaient encore une curie, où l'insinuation se faisait régulièrement, selon les anciennes règles; les habitants des villes où l'organisation municipale n'existait plus devaient y procéder dans une ville voisine ou devant le magistrat supérieur de la province. L'enregistrement *apud acta* survivait au régime municipal qui lui avait donné naissance,

Jusqu'à présent nous n'avons relevé les traces de l'insinuation à l'époque barbare qu'en matière de testaments et de donations; il nous serait facile de faire la même opération pour les contrats les plus usuels, ventes, emphytéoses précaires, comptes de tutelle, affranchissements, etc. Citons à titre d'exemples deux actes de vente des années 504 et 540 (Spangenberg, p. 234 et 243. — Marini, p. 171 et 175, n^{os} 113 et 115). Le dernier de ces actes présente cette particularité que la tradition des fonds vendus ne pouvant avoir lieu en présence de la curie de Ravenne, puisqu'ils étaient situés sur le territoire de Faventia, l'insinuation s'applique à la fois à l'*instrumentum venditionis* dressé à Ravenne, et à l'*epistola traditionis* émanant de la curie de Faventia et constatant que la tradition avait eu lieu devant elle. Au surplus les formalités prescrites pour l'insinuation des ventes et des autres contrats sont analogues à celles que nous avons décrites à propos des donations et des testaments.

Ainsi l'usage des *gesta municipalia* se perpétua sous la domination des Herules et des Ostrogoths, et reprit un nouvel essor lorsque l'Italie fut rattachée à l'Empire d'Orient, dans la seconde moitié du sixième siècle; il suffit de jeter un coup d'œil dans les recueils de Marco Fantuzzi (*Monumenti Ravennati*), de Fumagalli (*Instituzioni diplomatiche*) et de Marini (*i papiri diplomatici*): les *gesta* postérieurs à Justinien y abondent.

Cette pratique se continue au VII^e siècle: on rencontre encore une donation faite à Ravenne au temps d'Heraclius, en 625 (Spangenberg, p. 218. — Marini, n^o 94, p. 146); mais c'est le dernier acte, à

notre connaissance, qui fasse mention des *gesta*. En effet, le régime municipal disparaît graduellement, entraînant comme conséquence la transformation des actes publics : la notion de l'authenticité, telle que nous la comprenons actuellement, se dégage peu à peu, et les actes notariés apparaissent. Les curiales vont devenir des fonctionnaires publics chargés de conférer l'authenticité aux conventions privées : dans les actes de Ravenne du IX^e siècle, les expressions de *curialis* et de *tabellio* sont employées comme synonymes ; de même, à Naples, les *instrumenta curialisca* sont des actes notariés (1).

Nous voici donc arrivés au terme de notre étude sur les *gesta* en ce qui concerne l'Italie : à ce moment, en effet, la plus grande partie de la Péninsule est aux mains des rois lombards ; le territoire de Rome, soumis nominalement à l'Empire grec, est de fait placé sous l'autorité pontificale ; l'exarchat et les îles sont les seules parties sur lesquelles les empereurs d'Orient conservent encore, mais pour peu de temps, quelque influence.

Dans l'Italie lombarde, de beaucoup la plus étendue, l'édit de Rotharis est promulgué en 643 ; or, il n'y est pas fait mention de l'insinuation ; d'ailleurs, comme la législation nouvelle s'appliquait sans distinction à tous les sujets du roi lombard, les *gesta*,

(1) Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, p. 144. — En Italie, dès l'époque romaine, les notaires furent organisés en corporations ; sous la domination barbare leurs offices devinrent héréditaires ; enfin à partir du IX^e siècle ils eurent le monopole de la rédaction des actes du moins dans l'Italie du Nord. Ils se transmettaient ainsi les formules romaines, et c'est à eux que nous devons de les avoir conservées. Presque partout ailleurs la rédaction des actes était fixée aux membres du clergé, demeuré le fidèle dépositaire des traditions de l'époque impériale.

jusque-là réservés aux Romains, étaient désormais sans objet. De là leur complète disparition.

A Rome, l'enregistrement *apud acta* subsiste ; mais il ne se fait plus que devant l'autorité ecclésiastique, l'*ordo decurionum* ayant depuis longtemps disparu.

Enfin dans les pays encore soumis à l'empire grec, et particulièrement par la ville de Ravenne, on ne trouve plus trace des *gesta* après l'année 625.

Ce sont les notaires et principalement les scribes ecclésiastiques, qui se sont substitués à l'ancienne institution du Droit romain.

CHAPITRE II

DES GESTA MUNICIPALIA EN GAULE

Nous étudierons les *gesta* d'abord d'après les textes législatifs de l'époque barbare, ensuite d'après les recueils de formules.

I

LES GESTA D'APRÈS LES LOIS BARBARES

De tous les peuples qui s'établirent en Gaule, les Wisigoths et les Burgondes, beaucoup plus romanisés que les autres, furent les seules qui rédigèrent une loi spéciale à l'usage de leurs sujets romains (1) ; aussi ne rencontrerons-nous la mention de l'insinuation que dans les lois de ces deux peuples.

La *lex Romana Wisigothorum* mérite une attention particulière. Ce code est la plus importante des compilations que les barbares aient faites avec les débris de la législation romaine ; il est désigné communé-

(1) Si les Francs n'entreprirent aucune compilation de ce genre, ils n'en faut pas conclure qu'ils interdissent à leurs sujets Gallo-Romains la pratique de la loi romaine ; le principe de la personnalité des lois était alors très généralement appliqué ; au surplus le maintien du droit romain dans l'empire franc nous est attesté formellement par cette ordonnance de Clotaire I^{er}, en 560 : *Inter romanos negotia causarum romanis legibus precipimus terminari*. Cette ordonnance laissait aux Romains toute liberté dans le choix de leurs lois ; ce fut le Bréviaire d'Alaric qui fut adopté par la pratique.

ment sous le nom de *Breviarium Alaricianum*, du nom du prince qui en ordonna la rédaction, Alaric II, dont l'empire s'étendait sur une grande partie de la Gaule méridionale et de l'Espagne et dont la capitale était Toulouse. Il fut promulgué par les soins d'Anien, référendaire d'Alaric, à Aire, en Gascogne, l'année XXII^e du règne d'Alaric, c'est-à-dire en 506, un an avant la défaite des Wisigoths par Clovis ; il avait été au préalable approuvé par l'assemblée des notables romains, ecclésiastiques et laïques. Ce nom de *Breviarium*, abrégé, nous donne l'idée de l'ouvrage : la loi romaine des Wisigoths contient un abrégé des Codes Grégorien, Hermogénien et Théodosien, des Nouvelles de Théodose et de ses successeurs ; un abrégé des Institutes de Gaius, des sentences de Paul, des réponses de Papinien, etc. ; tous ces textes, sauf les Institutes de Gaius sont accompagnés d'une paraphrase (*interpretatio*) écrite en bas latin, destinée à mieux faire comprendre le texte et qui finit par le remplacer entièrement. Le plus souvent les textes primitifs sont mutilés : on procéda ainsi pour le Code Théodosien, et notamment pour les Institutes de Gaius, ainsi que l'a prouvé la découverte du manuscrit de Vérone ; et probablement aussi pour les Sentences de Paul, que nous ne connaissons guère encore que par l'intermédiaire de la loi romaine des Wisigoths. Le Code d'Alaric demeura en vigueur sous les rois Francs de la première race, dans les provinces qu'ils avaient conquises sur les Wisigoths ; il fut suivi également en Espagne, jusqu'à la rédaction des lois Wisigothiques barbares, vers le milieu du VII^e siècle.

Le Bréviaire d'Alaric conserva dans son entier le régime municipal romain, et comme conséquence l'in-

sinuation *apud acta*. Comme autrefois les décurions procèdent à l'enregistrement des actes ; c'est aux curies que sont désormais dévolues toutes les attributions précédemment confiées aux *præsides* romains ; *Municipalia gesta non aliter fieri volumus quam trium curialium præsentia, excepto magistratu et exceptore publico, semperque hic numerus in eadem actorum testificatione servetur. Sic enim et fraudi non patebit occasio, et veritati major crescit auctoritas*. C'est la constitution que promulguèrent, en 396, Arcadius et Honorius (loi 151, C. Th. XII, 1) qui subsiste sans commentaire : « *Hæc lex interpretatione non indiget* » dit le texte (édition Hœnel, p. 238) (1). On n'y apporte qu'un léger changement, le même d'ailleurs que celui qui se produisit au Bas-Empire, ainsi que nous l'avons vu : les magistrats municipaux partagent leur compétence en matière d'insinuation avec les défenseurs : « Contestari apud rectores pro-
« vinciae vel defensores aut omnes apud quos gesta
« conficiuntur, litem jubemus (interpretatio de la loi 2,
« liv. II, t. 4 ; Hœnel, p. 36). »

D'après la loi romaine des Wisigoths, l'insinuation est tantôt obligatoire, tantôt facultative. Ainsi les actes relatifs à l'état des personnes sont nécessairement accomplis, soit devant le président de la province ou les magistrats municipaux ayant la *legis actio*, soit en présence de la curie, puis consignés dans les *gesta* (2) : émancipation, manumission,

(1) La Nouvelle de Théodose de 445 qui réduisait le nombre des personnes publiques nécessaires à l'insinuation n'était certainement pas observée ; peut-être même était-elle inconnue, les Novelles de Théodose ne faisant pas corps avec le Code du même prince ; et encore le code Théodosien lui-même était-il connu d'une façon bien superficielle.

(2) *Apud magistratus municipales, si habeant legis actionem, emanci-*

adoption, légitimation ; en matière de tutelle les *gesta* servaient encore à constater les résultats de l'inventaire et à recevoir la déclaration de la mère tutrice qui s'engageait à ne pas se remarier (1).

Les donations sont également soumises à l'insinuation sous peine de nullité : « Nunc nec nuptialis
« nec quælibet alia inter quascumque personas dona-
« tio, de quibuscumque rebus valere potest, si gestis
« non fuerit allegata (interpretatio, l. 1, lib. III, t. 5,
« Hœnel, p. 76) ». Toutefois la règle n'était pas absolue : ainsi l'enregistrement n'était obligatoire pour les donations *propter nuptias* que si elles dépassaient deux cents solides et même l'omission de cette formalité n'entraînait pas nullité de la donation si la future était mineure (loi 8 et 3, *eod. loco.*, Hœnel, p. 80 et 78). Pour les donations *mortis causa* il en était de même, quel qu'en fût le chiffre : *donatio mortis causa sine gesta obtinet firmitatem* (Hœnel, p. 157).

Lorsque l'insinuation était requise, elle devait avoir lieu *apud judicem aut apud curiam* (interp. l. 1, lib. VIII, t. 12), l'acte était alors désigné sous le nom de *legitima scriptura* (*Sentences* de Paul, loi 4, V, 11) : il devait nécessairement comprendre le nom du donateur et du donataire et la désignation de la chose donnée : « In conscribendis donationibus
« hic ordo servandus est ut donatio nomen prius

pari et manumitti potest (*Sent. de Paul*, II, 26 ; Hœnel, p. 372). — *Quæ emancipatio solebat ante præsidem fieri, modo ante curiam facienda est* (Gaius II, 6 ; Hœnel, p. 322). — *Quamvis sancto die dominico omnes lites ac repetitiones quiescere jusserimus, emancipare tamen ac manumittere minime prohibemus, et de his rebus gesta confici pari ordinatione permittimus* (interp. loi 1, II, 8 ; Hœnel, p. 42).

(1) Interpr. loi 2, V, 1. — Hœnel, p. 136. — Interpr. Nouvelle de Théodose, tit. XI, Hœnel, 270. — Interpr. loi 4, III, 19 ; Hœnel, p. 100. Interpr. loi 4, III, 17 ; Hœnel, p. 96.

« contineat donatoris, vel illius, cui donatur ; deinde
« res quæ donantur, nominatim in donatione cons-
« cribendæ sunt » (interpr, l. 1, VIII, 12 — Hœnel
p. 156) (1).

L'enregistrement *apud acta* était facultatif pour
les dispositions de dernière volonté : en pratique,
rarement on négligeait d'y recourir. Les formalités
variaient suivant que le testament était écrit ou oral.

Le testament écrit pouvait lui-même revêtir diffé-
rentes formes : ou bien le testateur faisait consigner
ses intentions dans les actes publics, c'était le tes-
tament judiciaire ; il était insinué comme les autres
actes, à la requête du disposant : « Testamenta om-
« nia vel reliquas scripturas apud censuales in urbe
« Roma voluit publicari, hoc est, ut in reliquis regio-
« nibus apud curiæ viros testamenta vel quæcumque
« scripturæ actis firmari solent, gestorum allegatione
« muniantur » (interpr. loi 4, IV, 4 — Hœnel p. 106).
Cette première forme du testament public, était déjà en
usage au temps d'Alexandre Sévère (cf loi 2, C. VI, 23).

(1) Citons en passant une preuve de l'influence qu'exerça la *lex ro-
mana Wisigothorum* dans la pratique du moyen-âge. Dans les Chartes
des X^e et XI^e siècles, cette loi est encore citée textuellement ; en voici
deux exemples : *Ante tempus legis istius, donationes etiam sine testorum
testificatione valebant. Nunc vero post hanc legem, nec nuptialis nec
qualibet donatis valere potest, si gestibus non fuerit alligata. Hic est
carta conventionis...* (Guérard : Cartulaire de Saint-Victor de Marseille,
n° 70). Ici c'est la loi romaine, les constitutions impériales relatives à
l'insinuation des donations, qu'on cite par l'intermédiaire de la loi des
Wisigoths. — *In conscribendis donationibus hic ordo servandus est, ut
donatio prius nomen contineat donatoris, deinde res quæ donatur* (Ger-
mer-Durand : Cartulaire de N. D. de Nîmes, charte n° 11. p. 5).

Au surplus il ne faudrait pas se laisser abuser par ces textes et
croire que l'insinuation était encore en usage à l'époque féodale ; nous
reviendrons sur ce point à propos des contrats rédigés par écrit, et
nous verrons qu'avec le temps les *gesta* finirent par se confondre avec
les écrits probatoires ordinaires.

Ou bien le testateur écrivait de sa propre main son testament ou le faisait écrire par une autre personne, et il n'était procédé à l'insinuation qu'après son décès : « Quam (id est : voluntatis epistolam) tibi, « fili ille, scribendam mandavi, ita ut post transitum « meum die legitimo hanc voluntatis meæ epistolam « apud curiæ ordinem gestis publicis facias adcor- « porare » (Formules Wisigothiques, édit. Rozière, p. 17).

Lorsque le testament revêt la forme nuncupative, l'insinuation est toujours postérieure au décès du testateur : celui-ci exprime ses volontés en présence de sept témoins — comme dans le testament nuncupatif de l'ancien droit romain — ; et les témoins, après le décès du disposant, viennent déclarer en présence des curiales quelles ont été ses dernières volontés et font enregistrer leur déclaration : « Per « nuncupationem, hoc est sine scriptura, qui suam « publicare maluerit voluntatem, convocatis simul « una hora septem testibus, primum pro qua re eos « venire rogaverit, evidenter explanet, ut, quia tes- « tamentum non fecit, illi apud gesta defuncti publi- « cent et allegent voluntatem » (interpr. Nouvelle de Théodose, tit. IX, Hœnel p. 268.) Formule Wisig. éd. Roz. p. 20.

Les parties pouvaient également faire insinuer toute espèce de contrat, ainsi qu'il paraît bien résulter de ce passage : « Reliqui contractus, quos firma « ætate publice et solemnibus scripturis gesserint, « in sua firmitate perdurent » (interpr. l. 3, II, 16 ; — Hœnel p. 54). D'ailleurs si les textes n'énoncent pas d'une manière expresse une règle générale, ils contiennent des applications particulières de l'insinua-

tion à propos des contrats les plus usités ; par exemple pour le mandat : « Mandatum ad vicem donationis factum, actis habeatur insertum » (interpr. loi 1, I, 12) ; — « Mandavi potest procuratio præsenti » et nudis verbis, et per litteras, et per nuncium, et « apud acta præsidis et magistratus » (Sentences, I, 3 ; Hœnel p. 340).

Nous ne pousserons pas plus loin l'examen de la législation romaine des Wisigoths : aussi bien avons nous relevé tout ce qui, chez ce peuple, se rapporte à la forme des actes publics. Toutefois nous ne quitterons pas le bréviaire d'Alaric sans signaler son extrême importance. Ce code est le monument de droit le plus parfait des temps barbares par les sources qu'il a utilisées ; c'est en même temps celui qui exerça le plus d'influence sur la pratique des siècles suivants. La loi des Wisigoths survécut à leur domination en Gaule ; elle s'étendit même jusque chez les Burgondes, dont elle remplaça les lois nationales, enfin les Gallo-Romains habitant l'empire des Francs adoptèrent également le bréviaire d'Alaric dès les premiers temps de la conquête ; et cette adoption, toute volontaire, fut ratifiée par les rois francs, puisque l'on trouve au *commonitorium* ou préambule d'une éditoin du Bréviaire, une sorte de sanction émanée de Charlemagne, la vingtième année de son règne (*Canciani*, *Barbar. leg. antiq.* t. IV, p. 50). En sorte que la loi des Wisigoths devint le seul droit qui s'appliquât à tous les sujets romains de la Gaule Franque. Cet état de choses laissa des traces profondes dans la pratique : lorsqu'apparaît dans les premiers siècles du moyen-âge une citation de la loi romaine, c'est la plupart du temps à la loi romaine des Wisigoths

qu'elle se réfère et non au code de Théodose proprement dit : ce code n'est visé qu'indirectement par l'intermédiaire du Bréviaire ; au reste nous en avons déjà cité un exemple.

Quant aux lois Wisigothiques barbares, mélange de coutumes germaniques et de droit romain, qui furent rédigées au commencement de la seconde moitié du septième siècle et qui régissaient indistinctement les Wisigoths et les Romains (1), elles ne s'appliquèrent jamais qu'à l'Espagne. D'ailleurs il n'y est pas fait mention des *gesta*, bien que dans cette législation déjà savante, l'écriture tienne une place considérable dans la confection et la preuve des contrats. Mais les actes publics n'ont pas pour cela disparu, ils se sont transformés : les pouvoirs dont étaient investis les curiales en matière d'insinuation ont passé, en Espagne comme en Italie, aux mains des comtes, des évêques et des prêtres. Le même changement se produira, nous l'allons voir, dans la Gaule franque.

Les Burgondes paraissent, comme les Goths, avoir été dès longtemps en bonnes relations de voisinage avec les Romains : aussi se romanisèrent-ils très vite. Ils nous ont laissé un recueil de lois barbares et un recueil romain ; mais, contrairement à ce que firent les Goths, les Bourguignons rédigèrent leur loi nationale avant celle de leurs sujets romains.

La loi *Gombette*, du nom du roi Gondebaud qui la

(1) Les lois wisigothiques forment, après les édits de Théodoric et de Rotharis une nouvelle exception au principe de la personnalité des lois, c'est une preuve que les Wisigoths s'assimilèrent très-vite les populations vaincues.

promulgua, date des premières années du sixième siècle : c'est un recueil d'édits des rois Burgondes, mais où les influences romaines jouent un rôle considérable. Il y est fait un large emploi de l'écriture dans les actes juridiques : ventes, affranchissements, donations et testaments (1) ; mais on n'y remarque rien de semblable aux *gesta*, toutes les écritures du droit burgonde ont un caractère privé. Toutefois, par une remarquable exception au principe de la personnalité des lois, les Burgondes avaient la faculté pour faire une donation ou un testament, de se servir des modes du droit romain aussi bien que des formes germaniques : « Si quis barbarus vel testari voluerit, vel donare, aut romanam consuetudinem, aut barbaricam esse servandam, si vult aliquid firmitatis habere quod gesserit... » Par cette *romana consuetudo* il faut entendre vraisemblablement la formalité de l'insinuation, en effet le texte continue : « id est ut aut scripturis legitimis quod largiri cui cumque voluerit, teneatur... (Liber legum Gundebati, LX § 1 ; Pertz, Leges, t. III, p. 560) ; or cette expression de *scriptura legitima* doit avoir ici le même sens que dans la loi des Wisigoths, où elle désigne, nous le savons, la donation insinuée *apud iudicem aut apud curiam*. En outre dans certains procès la loi Gombette autorisait les Burgondes à se servir de la loi romaine (2).

(1) Liber legum Gundebati, n^o 43, 88 et 99 ; Pertz, Leges, t. III, p. 550, 569 et 572.

(2) Lex Gundebati, L. V, 1, *de agorum finibus qui hospitalitatis jure a Barbaris possidentur* ; Cf. Hubé ; Histoire de la formation de la loi Burgonde, dans Revue historique de droit français et étranger, t. XIII, p. 247.

Une préface de Gondebaud en tête de la loi Gombette annonçait la publication d'un code particulier pour ses sujets romains ; « Inter romanos vero, in-
« terdicto simili conditione venalitatis crimine, sicut
« a parentibus nostris statutum est, Romanis legibus
« præcipimus judicari : qui formam et expositionem
« legum conscriptam qualiter judicent, se noverint
« accepturos, ut per ignorantiam se nullus excuset
« (Secunda præfatio § 7 ; Pertz, Leges, t. III, p. 527). Cette *lex romana Burgundiorum* nous la possédons sous le nom de Papien, titre qui lui fut donné par suite d'une méprise de Cujas : elle se place entre l'année 502, époque à laquelle le roi Gondebaud promet sa publication, et 516, date de la mort de ce roi.

Le Papien suit l'ordre des matières de la loi Gombette. Au point de vue du fond, c'est un assemblage assez grossier de droit romain théodosien ; en certains endroits il présente une parenté évidente avec l'*interpretatio* du bréviaire d'Alaric qui lui a fourni nombre de textes. Les *gesta* s'y trouvent expressément mentionnées ; l'emploi en est obligatoire par exemple pour le mandat, si l'on veut se faire représenter en justice : « Sciendum est, in omnibus negotiis aut per se causas suas unumquemque dicere
« debere, aut certe mandatum gestis allegatum in
« personam quam voluerit legitimum esse faciendum (lex Romana, t. XI, loi 2 ; Pertz, Leges, t. III p. 603 cf. Gaius IV, 84 in fine). En ce qui concerne les donations, il faut distinguer, comme dans la loi des Wisigoths, si elles sont mobilières ou immobilières. Pour les donations mobilières, la tradition suffit : *omnem donandi solemnitatem in sola traditione posse cons-*

tare (*Lex Rom.* XXII, 7. Pertz, Leg. III, p. 610). Quant aux donations immobilières, elles sont soumises à la formalité de l'insinuation si elles dépassent deux cents solides; le texte ne le dit expressément qu'à propos des donations faites par des ascendants ou *propter nuptias*, mais il faut sans nul doute étendre cette décision à toutes les donations immobilières. En effet, cette règle se rencontre déjà dans le droit du Bas Empire (Loi 8 C. Th. III, 5 *de sponsal.* et loi 5 Code Th. VIII, 12, *de donat.*) et nous venons de voir qu'elle est également adoptée par le Bréviaire d'Alaric dont la loi romaine des Burgondes se rapproche visiblement ici; or, dans ces deux législations l'enregistrement *apud acta* des donations *propter nuptias* n'était qu'une application particulière d'un principe plus général : « Sciendum donationes tam
 « aviaticas quam nuptiales gestorum allegatione so-
 « lemni firmandas, præter illas nuptiales donatio-
 « tes quæ intra ducentorum solidorum summam
 « taxata conlatione potuerint inceniri » (*Lex Rom. Burg.* XXII, 3). Mais le législateur Burgonde, imitant la loi wisigothique, a soin d'ajouter qu'en cas de donation *propter nuptias*, l'omission de l'insinuation; même lorsque la donation dépasse 200 solides ne sera pas un obstacle à sa validité, si la future est mineure :
 « Donationes nuptiales has tantum sine gestis ad-
 « mitti, quas ætate minores, id positæ intra 25 annos
 « accepiunt, etiam si summam ducentorum solidorum probentur excedere » (*Lex Rom.* XXII, 6). — Or, comme la donation *propter nuptias* était alors exigée comme condition essentielle du mariage, il en résultait que dans la plupart des cas, on pouvait trouver la preuve du mariage dans les *gesta*.

Quant à la rédaction des *gesta* la loi Burgonde renvoie expressément au code Théodosien, tout en laissant une certaine place à l'usage des lieux : « Gesta
« secundum locorum consuetudinem fieri placuit,
« nec interest apud quem defensorem fuerint cele-
« brata, secundum legem Theodosiani substituto : De
« donationibus » (Lex Rom. XXII, 4).

La loi romaine des Burgondes n'eut ni autant d'importance, ni autant de durée que celle des Wisigoths : elle résista bien quelque temps à la conquête franque, arrivée en 534, mais pour disparaître peu à peu devant l'influence grandissante du Bréviaire d'Alaric. A partir de cette époque jusqu'à la réception du *Corpus* de Justinien en France, au XII^e siècle, le droit vivant de la moitié de la France fut non pas le code Théodosien, mais le code d'Alaric, dont la base, il est vrai, reposait dans le droit de Théodose.

II.

LES GESTA D'APRÈS LES FORMULES.

En dehors des *textes* qui viennent d'être étudiés, les *gesta* sont fréquemment mentionnés dans les *formules* de l'époque franque, et avec une grande prolixité de détails (1) : elles nous montrent que la manière dont on procédait aux temps méro-

(1) Les formules ne sont en général qu'une application directe de la législation du Bréviaire : ainsi la plupart de celles qui nous sont parvenues étaient placées, dans les manuscrits où elles ont été découvertes, à la suite du texte du Bréviaire. Telles sont les formules de Sirmond, les *formulae arvernenses* de Baluze, les formules angevines du manuscrit de Weingarten et autres.

vingiens et carolingiens ne différerait guère de celle qui était suivie au Bas-Empire. Il suffit de comparer la formule de l'insinuation romaine restituée par Cujas à celles que l'on rencontre dans les recueils de Marculfe, de Sirmond, de Lindenbrog et les formules angevines : malgré leur origine différente, ces formules sont d'accord sur tous les détails de la cérémonie.

C'est surtout en matière de donations et de testaments que les formules d'insinuation abondent ; en voici quelques-unes qui décrivent dans leur ensemble, et méthodiquement, les formalités de l'enregistrement *apud acta* (1). Elles supposent un mandataire qui se présente devant les magistrats avec l'acte dont il veut d'abord faire constater l'authenticité, puis enregistrer. Un dialogue s'engage entre eux à peu près comme suit :

« Je vous demande, excellent défenseur, et vous, honorables curiales, d'ordonner que les registres publics me soient ouverts : j'ai entre les mains des pièces que je désire confirmer par leur insertion dans les actes publics. »

L'honorable défenseur et les membres de la curie répondent : « Les registres publics te sont ouverts. Poursuis ce que tu souhaites. »

Le requérant continue en ces termes : « L'homme vénérable un tel m'a, par une charte, conféré le mandat de produire à sa place telle donation, testament ou cession qu'il a faite pour le présent ou pour le

(1) Ces formules sont empruntées aux recueils de Marculfe, de Sirmond, aux formules angevines et à celles publiées par M. Pardessus ; elles portent dans l'ouvrage de M. de Rozière les n° 259 à 267 (tome I, p. 313 à 328).

temps qui suivra son décès, à telle basilique, à tel lieu saint ou telle illustre personne, et de faire insérer cet acte, suivant l'usage, dans les registres municipaux. »

L'honorable défenseur lui dit alors : « Montre-nous le mandat que tu dis avoir sur toi par écrit, et qu'il soit lu en notre présence. »

Lecture est donnée du mandat. Puis l'honorable défenseur ajoute : « Le mandat a été lu. Maintenant, que la donation, le testament ou l'acte de cession que tu dis avoir entre les mains soit lu en notre présence et qu'il soit, comme tu le demandes, insinué dans les registres municipaux. »

Le requérant donne lecture de l'acte. Puis l'honorable défenseur et les curiales disent : « Que l'acte dont il vient d'être donné lecture soit inséré dans les actes publics, et que ces actes soient communiqués publiquement au requérant comme il le désire et le demande. »

Ce dernier répond : « Il me suffit, excellent défenseur, que vous ordonniez de me donner acte de la donation qui vient d'être lue. »

Le défenseur reprend : « Nous reconnaissons comme réguliers cet acte de donation, testament ou cession, et le mandat dont tu es porteur ; nous savons qu'ils sont confirmés et signés de la main d'hommes honorables ; par suite, il convient qu'il en soit dressé acte, et que cet acte, légalement souscrit par nous, te soit remis et qu'il soit conservé pour mémoire dans les archives publiques ; que le mandat, que tout le contexte et la lettre de donation soient transcrits, chacun dans l'ordre normal ».

Puis le défenseur et les membres de la curie souscrivent et signent l'acte qui est dressé.

Tel est dans ses grandes lignes le procès-verbal d'insinuation d'une donation, d'un testament ou d'une vente ; les mêmes formalités avaient lieu également pour les donations entre époux, l'ouverture des testaments (Rozière n° 245, I, p. 294 — n° 129, I, p. 162) et en général pour tous les contrats ayant quelque importance au point de vue du patrimoine ou de l'état des personnes.

Toutefois il ne faut pas chercher dans ces formules une preuve indiscutable de la pratique réelle de l'insinuation jusqu'à l'époque féodale : bien des indices nous portent au contraire à penser que cette formalité dût être d'un rare emploi à partir du VII^e siècle. En effet, nulle part, dans les textes, l'acte authentique n'apparaît avec un caractère obligatoire, même pour les individus vivant *sub lege romana* : à côté des formules mentionnant l'emploi des *gesta*, on en rencontre d'autres dans le même recueil, où le même fait juridique est constaté, non plus par un acte public, mais par un acte privé, corroboré seulement par une clause pénale ; telles sont par exemple les donations et les adoptions (de Rozière, t. I, p. 144 et 309). En ce qui concerne la donation, le droit franc contenait une grande variété de formes : ainsi, outre celles dont nous venons de parler, elle pouvait encore être faite en présence de témoins honorables (Roz. I, p. 242), ou bien sous l'autorité du roi (1), ou enfin, en la forme germanique, dans le *mallum*, devant le comte et

(1) Le recueil de Marculfe nous fournit un exemple de donation entre époux faite suivant la loi franque devant le roi, *per manum regis* (I, 12 ; Roz., p. 307). Ces conditions étaient généralement réciproques mais la loi n'exigeait pas cette réprocité, (Lex Rib., titre 48).

les rachimbourgs (Rozière, I, p. 305) ; dans ces derniers cas, la preuve était plus facile et l'exécution mieux assurée, parce que l'acte était public.

De plus, parmi ceux qui suivaient la loi romaine, une classe considérable de personnes était dispensée ou au besoin se dispensait elle-même de l'insinuation : ce sont toutes les personnes ecclésiastiques. Des chartes d'immunités accordaient à nombre de monastères une complète indépendance vis à vis des *judices publici*, au point de vue de la juridiction contentieuse aussi bien que pour la juridiction gracieuse. « Nullus judex publicus ad causas audiendo aut « freda undique exegendum quoque tempore non « præsumat ingredere, sed hoc ipsi pontifex vel successor ejus sub integre emunitatis nomine valeant dominare » (de Rozière, I, p. 18) (1). La même décision est donnée à propos des *gesta* dans un acte d'immunité accordé au monastère de Sainte-Croix et de Saint-Vincent (aujourd'hui Saint-Germain-des-Prés) en 566 : « Decrevi per hanc cartulam immunitatis et cessionis meam basilicam superius nuncupatam sine gestorum obligatione manere, et quia « id antea consuetudo non fuit, et modo a regibus « et principibus mihi est concessum ». (*Diplomata*, chartæ, etc., édit. Pardessus, I, p. 128). Au surplus, dans aucune des nombreuses formules de donations faites aux Eglises, on ne rencontre le mention des *gesta*.

Ainsi, malgré l'énoncé de l'insinuation dans beaucoup de formules franques, cette formalité devait être d'un emploi assez restreint, puisqu'elle était facultative pour les laïcs, — or, en pratique, on devait sou-

(1) Cf. J. Flach : *les Origines de l'ancienne France*, tome I, p. 108, 114 et 115, note 1 ; cf. égal. p. 156.

vent reculer devant les frais qu'elle entraînait, et inutiles pour les ecclésiastiques. D'autres considérations viennent encore diminuer le crédit qu'on serait tenté d'accorder aux formules, et cela tient aux conditions particulières de leur rédaction. On sait en effet comment procédaient les praticiens de l'époque franque : ils prenaient des formulaires anciens, souvent même des actes qu'ils choisissaient comme types, et ils en copiaient la teneur sans distinguer entre les institutions vivant encore dans la pratique et celles tombées en désuétude. Aussi « ces sources ne doivent être consultées pour l'histoire du droit qu'avec beaucoup de discernement. Telle formule répétée dans les recueils ne prouve pas la conservation des principes qu'elle exprime. Souvent c'est une lettre morte dont le sens est perdu depuis plusieurs siècles et que l'on applique d'une manière ridicule » (1).

Si donc le style du droit romain s'est maintenu dans les formules, il n'en faut pas conclure qu'il en a été de même des institutions qui s'y trouvent mentionnées. De très nombreux documents, contemporains de ceux que nous venons de citer pour établir la persistance de l'insinuation parmi les Gallo-romains de l'empire franc, ne présentent aucune trace de cette formalité ; plusieurs même semblent attester la désuétude simultanée de cette institution parmi les mêmes populations et aux mêmes époques. Cette contradiction apparente entre les formules appartenant à la même époque, est l'image de la confusion et de la diversité qui régnaient dans le milieu social

(1) de Savigny : Hist. du dr. rom. au moyen-âge, trad. Guénoux, t. I, ch VI, *in fine*.

où elles étaient employées : les premières n'étaient qu'une copie, sans aucune portée juridique, des usages romains ; tandis que les autres se référaient à l'état réel de la pratique. Dans un milieu aussi hétérogène que la Gaule après les invasions, il eût été anormal que l'insinuation fonctionnât comme une institution régulière et universelle ; ce n'est pas à une époque aussi troublée, parmi des coutumes aussi disparates qu'on pouvait établir l'uniformité (1).

A partir du VII^e siècle toute trace certaine d'enregistrement à la curie disparaît ; et cependant, telle est la persistance de la pratique romaine que les *gesta* apparaissent encore dans les chartes des X^e et XI^e siècles. Or il est certain que, depuis longtemps le système municipal romain n'existait plus, de même que l'insinuation qui s'y rattachait intimement. Le respect dont on entourait à l'époque barbare tout ce qui venait du droit romain, et en particulier les formules, ne suffit pas à expliquer comment la *gestis alligatio* s'est maintenue pendant plusieurs siècles dans le style des actes, alors qu'elle ne répondait plus à la réalité. Il faut aussi faire entrer en ligne de compte une autre considération : à défaut de l'institution elle-même, le souvenir de l'autorité qui s'attachait aux *acta publica* subsistait toujours. Lorsqu'on voulait entourer une convention de sérieuses garanties et lui donner tous les avantages de la forme écrite, on prenait soin de rappeler les formalités de l'insinuation, et on terminait généralement l'écrit qui était dressé par cette phrase : « Gesta, cum a

(1) Fr. Renaud : Recherches historiques sur la formalité de l'enregistrement en France, au moyen-âge (Revue de légis. anc. et moderne, année 1872. p. 259.

« nobis fuerit subscripta, et a venerabili viro illo
« amamense edita, tibi tradatur ex more, ut facilius
« quod superius insertum est diuturno tempore ma-
« neat inconvulsa. » (Rozière, n^{os} 262, et 263, § 1 *in fine*). La même préoccupation se retrouve dans les chartes de l'époque féodale : « ... ideo autem volun-
« tas professorum gestis municipalibus, ut deceden-
« tibus actoribus ratio et actus eorum terra labencia
« non exinanescunt, sed in tempore commutacionis
« firma et inconvulsa perseverent. » (Bruel : Cartulaire de l'abbaye de Cluny, n^o 725, année 948 ; cf charte de 1035 ; — Guérard : Cartulaire de Saint-Victor de Marseille, n^o 176.)

Cette évocation tardive de l'insinuation ne doit pas, au point de vue de la pratique, faire illusion : elle n'a pas plus de valeur que la clause de stipulation qui se rencontre dans les documents de la même époque et dont nous parlerons plus loin. Au reste, l'insinuation faisant partie de l'ensemble des formalités administratives et juridiques de Rome devait disparaître avec elles. En outre les institutions nouvelles devaient encore contribuer à rendre la décadence plus rapide : dans les premières années du IX^e siècle deux capitulaires de Charlemagne ordonnent la création de notaires, dans chaque localité, auprès des évêques, des comtes et des abbés. L'origine officielle de ces notaires, qui en réalité étaient des fonctionnaires publics relevant du pouvoir central, donna à tous leurs actes un certain caractère d'authenticité, moins nettement déterminé, il est vrai, qu'il le fût plus tard, en 1270, par un édit de Saint-Louis, mais qui ne laissa pas de faire perdre à l'insinuation la seule utilité qui lui restât,

A ces causes de désuétude vient s'en ajouter une autre d'un ordre plus élevé : l'influence croissante du clergé dans la rédaction des actes, influence qui devint prépondérante pendant les temps de désordres qui suivirent la chute de l'empire de Charlemagne, jusqu'au jour où la royauté devint assez forte pour fonder des institutions durables.

Déjà à la fin du Bas-Empire, l'autorité ecclésiastique tendait à se substituer, en ce qui concerne la confection des actes publics, aux corps municipaux, dont la décadence commençait : les évêques remplaçaient les *defensores civitatum*, c'était en leur présence que l'insinuation devait avoir lieu ; Justinien confia même au clergé, pendant un certain temps, la tenue des registres de l'état-civil. Au début de la féodalité, pareil phénomène se produisit, mais avec plus d'intensité, l'Eglise étant alors le seul pouvoir régulièrement organisé : la paroisse prit la place du municipe, les évêques héritèrent des attributions dévolues aux *defensores*, les archives de l'évêché tinrent lieu des registres publics déposés à la curie(1) ; enfin, les secrétaires des évêques (*amanuenses* ou *notarii* plus tard les notaires apostoliques) partagèrent avec les notaires laïcs établis près des tribunaux le privilège de donner une certaine authenticité aux conventions privées.

Encore, le partage de ces fonctions était-il plutôt nominal que réel ; car en pratique, elles étaient presque exclusivement exercées par le clergé et les corporations religieuses qui, à cette époque d'ignorance et de barbarie, formaient la portion lettrée de la population. C'étaient ordinairement les prêtres et les moines qui

(1) Renaud, *op. cit.*, p. 391.

rédigeaient les actes ; leurs attributions étaient mêmes singulièrement étendues : ainsi, il était enjoint aux curés de surveiller la confection des testaments. Les actes, une fois rédigés sous la surveillance de l'autorité ecclésiastique et avec le concours d'un de ses membres, il fallait, pour accomplir la formalité de l'enregistrement recourir à cette même autorité, puisqu'elle seule disposait de l'instruction nécessaire au fonctionnement de cette institution. Il arriva donc que le même personnel procédait à la formalité intrinsèque de la rédaction des actes et à la formalité extrinsèque de leur authentication par l'enregistrement *apud acta* ; c'est-à-dire que la rédaction des actes et le contrôle de cette même rédaction se trouvaient confiées aux mêmes mains : incompatibilité qui dût nécessairement contribuer à la désuétude de l'enregistrement (1). D'ailleurs, il est peu probable que le clergé ait continué longtemps à appliquer l'insinuation vis-à-vis des actes qu'il rédigeait pour autrui, alors qu'il jugeait cette formalité inutile lorsqu'il était lui-même partie aux contrats.

Cette influence prépondérante de la société ecclésiastique dans les actes de la vie civile coïncide avec l'apparition d'un nouvel ordre de choses, la féodalité ; à ce moment, les derniers vestiges des institutions romaines disparaissent ; et si au-delà du IX^e siècle on rencontre encore dans les chartes la *gestis alligatio*, c'est par suite d'une habitude de langage invétérée et à titre tout à fait exceptionnel. Mais déjà dans le style des chartes s'accusent les idées nouvelles. Ainsi, une donation de l'an 945, faite dans le Rouer-

(1) Renaud, *op. cit.*, p. 393.

gue, contient cette maxime, présentée d'une façon sententieuse qui lui donne une portée utile à constater : « Cessio sola sufficit sine gestorum allegatione » (Baluze, Hist. Auv. t. II, *preuves*, ann. 945). Au siècle suivant, en 1033, la même idée se trouve exprimée, quoique en termes différents, dans une donation faite à un monastère du diocèse d'Apt : « Tempus legis istius, donationis causa non sine gestorum testificatione valebat, nunc vero post hanc legem nec qualibet donatio valere potest si gestibus fuerit alligata » (Ducange, Gloss. v^o Allegare) ».

En résumé l'insinuation romaine subsista dans la pratique franque jusqu'au VIII^e siècle ; si les chartes du siècle suivant la mentionnent encore assez fréquemment, ce n'est plus qu'une clause de style qui ne répond guère à la réalité des choses et qui, du reste, avec le temps se fait de plus en plus rare. Du IX^e au XI^e siècle, elle disparut certainement : on rencontre quelquefois encore la *gestis alligatio* dans les actes de certaines provinces du Midi, où le souvenir des principes romains était demeuré plus vivace ; mais cette expression, nous l'avons vu, a changé de sens.

Au XII^e siècle, nous voyons renaître l'insinuation dans la France méridionale : ce fait est dû à la résurrection du Droit romain dès le XI^e siècle et surtout au XII^e, pendant lequel il fut publiquement enseigné à Montpellier. Mais ce n'est plus le Code de Théodose qui fait Loi, c'est celui de Justinien. La loi romaine forme alors le droit vivant du midi de la France dans la plupart des matières de droit privé : en particulier, pour l'insinuation on suit les principes du Bas-Empire, avec les modifications opérées par Justinien sur le taux des donations soumises à l'insinuation.

Cependant cette formalité a subi, dans l'application, une restriction importante. Elle est obligatoire pour les donations et les testaments, mais n'est plus facultative pour les autres contrats; les chartes, les statuts municipaux et provinciaux sont d'accord sur ce point. Ainsi, de la faculté de se dispenser de l'insinuation à la fin de l'époque franque était née dans les siècles suivants la désuétude de cette formalité pour les actes autres que les donations et testaments dans les provinces méridionales et pour tous les actes en général dans les pays coutumiers du Nord.

Au XVI^e siècle, l'insinuation réapparaît dans les pays coutumiers sous le nom d'*insinuation* pour les donations (1) et les substitutions (2); son but est de rendre ces actes moins dangereux pour les tiers en les soumettant à la *publicité*. Deux siècles plus tard elle est étendue dans un but fiscal à tous les actes translatifs de propriété et à quelques autres limitativement énumérés par l'édit de décembre 1703 (3).

Vers la même époque s'introduisait à côté de l'*insinuation* un ensemble de formalités, mais dans un but bien différent; elles devaient empêcher « que les contrats et titres ne pussent recevoir d'atteinte dans la suite des temps, par des doutes ou des contestations, ou par des suppositions et des antidates; et l'on ne saurait les rendre authentiques qu'en se servant des moyens capables de s'assurer entièrement de la fidélité des personnes qui les pas-

(1) Ordonnance de François I^{er}, donnée à Villers-Cotterets, août 1539, art. 132 et 133.

(2) Ordonnance de Charles IX, donnée à Moulins, février 1566, art. 57 et 58.

(3) Cet édit est appelé communément. *Edit des insinuations laïques*, par opposition à l'Edit de décembre 1691, relatif à l'insinuation des actes concernant les matières bénéficiales.

sent. » De là les droits de contrôle des actes et de centième denier, imaginés plutôt dans l'intérêt du Trésor que dans celui des parties, car ils s'appliquaient aussi bien aux actes notariés, — qui depuis longtemps étaient pleinement authentiques, — qu'aux écritures privées pour lesquelles ils présentaient un réel intérêt. Ces droits fiscaux, qui conféraient date certaine aux actes, furent d'abord perçus sur le titre lui-même (1) : tel est le droit de contrôle qui le plus souvent était fixe, et quelquefois gradué. La perception fut ensuite appliquée aux transmissions (2), mais alors elle changea de base : le centième denier était, comme l'indique son nom, un droit proportionnel aux sommes ou valeurs transmises.

Tous ces droits ont survécu à la chute de l'ancien régime; nous les retrouvons dans la pratique actuelle sous des dénominations nouvelles, mais avec la même signification qu'autrefois : la *transcription* a pris la place de l'insinuation; et les droits de contrôle et de centième denier sont confondus dans nos droits d'*enregistrement* (droits d'acte et droits de mutation).

(1) Edit. de Henri III, juin 1581; de Henri IV, juin 1606; de Louis XIII, novembre 1637; de Louis XIV, mars 1693, 19 mars 1696, 14 juillet 1699, 24 octobre 1705.

(2) Edit. de 1703 qui s'applique à la fois aux insinuations laïques et au centième denier.

DROIT FRANC ET FÉODAL

L'emploi des *gesta*, avons-nous dit, était exclusivement réservé aux sujets romains des barbares et aux clercs ; quant aux conquérants ils ne pouvaient contracter, en vertu du principe de la personnalité des lois, qu'en observant leurs lois nationales. Quelles formes prescrivait ces lois pour l'engagement de la personne ou l'aliénation de la propriété ? c'est ce qu'il importe maintenant d'étudier.

Les Germains ont obéi à la loi instinctive des peuples primitifs : le formalisme règne dans leur droit, comme dans celui des Romains de la première époque ; comme eux également ils ne connaissaient que les contrats non écrits, l'écriture est remplacée par des actions symboliques. C'est là du reste le caractère distinctif de toutes les législations primitives : « elles écartent les fines analyses auxquelles sont impropres les esprits des hommes à qui elles commandent ; elles n'osent sanctionner une convention que lorsqu'un signe matériel, dont chacun comprend la portée, est venu attester que le consentement était sérieux et l'obligation formée (1) ». Sous le rapport

(1) M. Esmein : Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français, p. 8.

du formalisme il existe donc une certaine parenté entre les deux législations, malgré la différence des symboles employés : le formalisme du droit germanique réside tout entier dans les signes extérieurs et les gestes, jamais dans les paroles ; la stipulation romaine n'a pas d'équivalent dans les lois barbares : tandis qu'en droit romain les parties fixaient le sens des symboles employés à l'aide de *certa verba*, en droit germanique elles traduisent plus explicitement leur pensée s'il leur convient et comme il leur convient ; le symbole se suffit à lui-même.

Par contre les Germains n'avaient pas dans leur droit national un système particulier d'écrits ; c'est à la civilisation romaine, arrivée à son apogée, qu'ils empruntèrent l'usage des *instrumenta*, et ils l'appliquèrent suivant les idées germaniques. L'écrit fut à l'origine considéré comme l'équivalent d'un symbole ; ce n'était donc pas seulement un instrument probatoire, mais un élément essentiel de l'acte. Le formalisme de l'écriture remplaçait celui des symboles et des gestes extérieurs. Au reste nous verrons par suite de quelles circonstances on était arrivé à regarder la rédaction d'un écrit comme un mode solennel de contracter : si, dans ce cas, l'écriture intervenait *ad solemnitatem*, c'était par interprétation de la volonté des parties ; mais elle n'était nullement obligatoire.

Grâce à la pratique des écrits, la fusion s'opéra entre les coutumes romaine et germanique. Les Germains, qui ne pouvaient faire insinuer leurs actes dans les *gesta municipalia*, pouvaient cependant contracter suivant la forme romaine en rédigeant un écrit ; et les anciens sujets de Rome qui peu à peu avaient pris l'habitude de contracter suivant les mo-

des germaniques y ajoutaient, pour les corroborer, la confection d'une charte. De là viennent les contrats par la charte qui tiennent une si grande place dans le droit de l'époque franque.

Ainsi une sorte de nivellement se produisit entre les deux législations comme entre les deux races. Dans les contrats par écrit que nous étudierons par la suite il ne sera plus fait mention de la nationalité des contractants.

Nous suivrons l'ordre que nous venons d'indiquer et nous étudierons successivement les formes orales et les formes littérales.

PREMIÈRE PARTIE

LA FORME ORALE

Des travaux récents (1) établissent que le vieux droit germanique ne connaissait que deux sortes de contrats : un contrat formaliste et solennel, la *fides-facta* ; et des contrats, de beaucoup les plus nombreux, qui supposaient une prestation effectuée de part et d'autre ; peu importait d'ailleurs qu'elle fut totale ou partielle, réelle ou symbolique. Ainsi le consentement ne pouvait créer un lien obligatoire qu'autant qu'il avait revêtu une certaine forme ou que le contrat avait reçu un commencement d'exécution.

Dans le contrat formaliste l'accord des volontés est rendu visible par un signe extérieur : la remise d'une baguette ou d'un objet quelconque par celui qui s'engage à son adversaire. Mais la promesse ainsi matérialisée ne saurait être ramenée à un contrat réel, car la remise de l'objet n'a pas le caractère d'une prestation effectuée : il est donné non par le futur créancier, mais par le futur débiteur. Toutefois il n'en est pas moins vrai qu'à s'en tenir seulement aux apparences,

(1) Voyez par exemple l'exposé du système de M. Sohm, par M. Thévenin : Contribution à l'histoire du droit germanique ; Nouvelle Revue hist. de dr. fr. et étrang., 1879, p. 323 et seq.

tous les contrats du droit germanique se ramènent à la remise d'une chose.

Quant aux contrats consensuels ils sont inconnus à l'origine chez les Barbares aussi bien que chez les Romains : la vente qui à Rome est le type des contrats consensuels est devenue un contrat réel dans les lois germaniques ; il faut pour lier les parties la tradition de l'objet vendu ou le paiement du prix, le simple consentement ne produit aucun effet juridique. En d'autres termes, le droit germanique ne s'occupe que des obligations unilatérales nées de la prestation d'une chose ou de la *fidesfacta*; les contrats synallagmatiques n'apparaissent que comme opérations au comptant.

Cette théorie sur les caractères originaires du droit germanique est nouvelle ; elle contredit radicalement la doctrine ancienne qui affirmait que chez les Germains le consentement suffisait pour obliger. Voici deux passages des maîtres de la science où elle est nettement exposée : « Le vieux droit germanique montre quelque parenté avec la conception juridique des Romains. Le *pactum* dénué de formes n'engendre pas d'obligation, le défendeur pouvant s'affranchir de tout lien ; il n'engendre même pas une exception comme le *pactum* romain. Le contrat conclu avec l'observation des formes reçues se rapproche de la stipulation romaine. La convention dénuée de formes est elle accomplie par une partie, il naît une action pour contraindre l'autre partie à l'accomplir aussi, comme dans le contrat innommé des Romains. — Le vieux droit exige pour faire naître un contrat obligatoire non seulement la déclaration de volonté de part et d'autre, mais aussi l'intervention d'un acte qui mette hors de doute le consentement. Cet acte consiste soit

dans la remise d'une chose, soit dans l'emploi d'une forme déterminée. Sont contrats réels ceux qui exigent une prestation réciproque, en particulier la vente et l'échange. Le contrat formaliste porte dans les textes le nom de *fidesfacta* ; sa conclusion se traduit par l'acceptation d'un fétu, la *festuca*, ou d'une chose sans valeur, un gant, un bâton, un bout de drap, qui manifeste extérieurement l'accord des volontés. Cette forme doit être employée lorsqu'il n'y a de prestation à fournir que d'un seul côté, du côté du débiteur et non de celui du créancier (p. ex. la promesse de payer le *judicatum*, ou de faire une preuve, le cautionnement). A la place des anciennes formes apparurent au moyen âge la paumée, le serment. C'est seulement dans le droit postérieur, sous l'influence du droit romano-canonique, que le droit allemand s'est affaibli et est arrivé à l'exclusion absolue du formalisme dans les contrats, le seul consentement suffisant toujours » (1).

Nous nous occuperons tout d'abord du contrat formaliste au double point de vue de sa forme et de ses applications, et nous verrons notamment en quoi il se rapproche du *nexum* de l'ancien droit romain ; un second chapitre sera consacré aux contrats qui se forment *re*. Au surplus nous suivrons ces deux catégories de contrats dans leurs diverses modifications jusqu'à l'époque féodale, c'est-à-dire jusqu'au moment où commence à se former le droit coutumier de la France.

(1) Stobbe et de Schulte, cités par M. Esmein, *op. cit.*, p. 7.

CHAPITRE PREMIER

LE CONTRAT FORMALISTE

Chez les divers peuples germaniques et dans plusieurs lois barbares, on trouve une sorte de promesse solennelle et unilatérale où la forme constitue l'élément obligatoire. Cette promesse est solennisée par un signe extérieur : « tantôt celui qui s'engage tient à la main un fétu (*festuca*) qu'il jette devant le créancier, ou une baguette (c'est encore la *festuca*) qu'il tend à celui-ci ; tantôt c'est un objet mobilier sans valeur (*wadium* ou *wadia*) qu'il remet au stipulant comme gage de sa foi » (1).

Dans les lois lombardes qui reflètent le plus fidèlement les vieilles coutumes germaniques, ce contrat s'appelle la *wadiatio*, du nom même de l'objet mobilier que le débiteur remet au créancier. Chez les Francs, Saliens ou Ripuaires, s'engager par le contrat formaliste se dit *fidem facere*, faire foi, d'où les expressions de faire fiancé, fiancer, employées à l'époque féodale ; en particulier la promesse solennelle faite en justice était appelée *adhramitio*, d'où le verbe *adhramire*, *achramire*, *arramire*, et, en vieux français, arramir ; mais, dans un sens général, *adhramire* est employé comme synonyme de *fidem facere*. Dans le droit franc, c'est la *festuca*, et non le *wadium* comme dans le droit lombard, qui symbolise l'engagement. Parfois,

(1) M. Esmein, *op. cit.*, p. 69.

cependant, le *wadium* est employé dans la formation du contrat formaliste ; ce n'est là, il est vrai, qu'une exception dans le droit franc : en réalité, les deux symboles, quoique différant par l'apparence extérieur, remplissaient la même fonction (1).

Jusqu'ici nous avons admis comme démontré que la *fides facta* et l'*adhramitio* constituaient des promesses solennelles : on l'a nié cependant avec une grande force, car les textes ne mentionnent pas toujours l'intervention de la *festuca* ou du *wadium* dans la *fides facta* et l'*adhramitio*. « Dans la plupart des cas où il en est question, a dit M. Loning (2), il s'agit de la *fides facta* de la procédure, de la promesse fournie devant la justice d'accomplir un acte de procédure ou d'exécuter un jugement, non de la *fides facta* de droit privé. » Mais on peut répondre que si l'emploi de la *festuca* est nécessaire dans la *fides facta* judiciaire qui emprunte déjà une certaine solennité au milieu dans lequel elle se produit, on ne voit pas la raison qui pourrait la faire écarter lorsqu'à elle seule elle constitue l'élément formel du contrat. Au surplus, certains textes semblent présenter la *fides facta* et l'emploi de la *festuca* comme deux choses inséparables : « Fuit judecatum ut in exfaido et fredo solidos quindecim pro ac causa fidem facere debirit, quod ita et in presenti per fistuga visus est fecisse (3) ».

La *fides facta* servait à des usages divers. Dans

(1) M. Esmein. *op. cit.*, p. 79.

(2) Der Vertragsbruch, p. 8 et 9; cf. M. Esmein, p. 77. — Cf. M. Glason, *Hist. du droit et des institutions de la France*. t. III, p. 332.

(3) Plaid de l'an 693 ; Pertz, *Diplomata*. t. I, p. 66, Cf. M. Esmein, p. 77.

toutes les lois barbares, elle intervient dans la procédure, notamment dans les promesses de preuve : elle y jouait un rôle à peu près analogue à celui de la *legis actio per sacramentum* dans le droit primitif de Rome. Une fois le procès engagé par l'exposé des prétentions respectives des plaideurs, les juges rendent une sentence indiquant quelle preuve doit être fournie et qui doit la fournir ; en même temps ils déterminent d'avance quelle satisfaction fournira à son adversaire celui qui doit prouver, s'il échoue dans sa prétention ; ce dernier doit s'engager ou à prouver, ou à payer, et c'est par le contrat formaliste qu'il prend cet engagement. Dans ce cas la *fides facta* est une promesse de preuve qui suit immédiatement le jugement qui l'ordonne. — En dehors de la procédure, la *fides facta* était encore d'un usage constant. Dans le droit lombard, elle réalise les promesses de payer ou de restituer ; ou encore elle rend immédiatement obligatoires des conventions qui ne l'auraient été qu'après une réalisation au moins partielle. La loi Salique consacre la moitié d'un titre à la *fides facta* extra-judiciaire et la loi des Ripuaires ne semble restreindre à aucune matière le rôle obligatoire de la *festuca* (1).

Mais l'application la plus usuelle de la *fides facta* était la fidéjussion ou cautionnement ; c'est peut être même à sa principale fonction que le contrat formaliste doit son nom : on a conjecturé, en effet, que les Francs avaient emprunté l'expression de *fidem facere* aux Romains, en copiant des formules de la stipulation où figurait souvent le mot *fide jubere* (2). Quoi-

(1) M. Esméin, p. 71 et 73.

(2) Brunner, p. 15 et 16.

qu'il en soit de cette étymologie, c'est presque toujours à propos de la fidéjussion que les lois barbares nous décrivent les formes de la *fides facta*.

Voici comment les choses se passaient chez les Lombards : le débiteur faisait sa promesse au créancier en lui remettant la wadia, promesse qui avait plutôt pour objet la présentation d'un fidéjusseur qu'une obligation distincte et principale ; puis il présentait aussitôt un fidéjusseur qui recevait cette même wadia des mains du créancier. Cette dernière formalité est importante à retenir, car c'est elle qui a servi à expliquer le caractère rigoureux du cautionnement dans le vieux droit germanique ; si, en effet, le fidéjusseur est considéré comme le débiteur principal, cela tient au rôle que joue chaque partie dans la formation du contrat : lorsque le wadium passe de main en main, c'est le fidéjusseur qui se trouve le dernier en contact avec le créancier ; c'est donc lui qui figure le débiteur immédiat. La situation respective des parties est intervertie dans le fond comme dans la forme.

Les textes des lois franques sont moins explicites sur les détails de l'opération : ils se contentent de montrer le fidéjusseur présenté par le débiteur principal, qui lui-même vient de s'obliger par *fides facta* (Loi des Rip. tit. 31). Parfois aussi des documents font intervenir le wadium exactement comme dans la loi lombarde (1).

La *festuca* n'est pas seulement employée pour créer les obligations, mais encore pour transférer la propriété et aussi la possession. Une théorie récemment

(1) M. Esmein, p. 82.

exposée (1) ramène cette seconde fonction à la première et fait en même temps de l'abandon de la possession un contrat spécial et distinct du transfert de la propriété. On argumente dans ce système de certaines particularités des textes : quelques - uns d'entre eux distinguent en effet dans la vente deux sortes de faits juridiques. En premier lieu la translation de la propriété qui s'accomplissait sur les lieux par la remise d'un objet détaché de l'immeuble vendu, par exemple : une motte de terre ou de gazon, une branche d'arbre. Cette investiture, *per herbam aut cespitem* ou *per ramum* remonte aux plus anciennes origines germaniques ; elle pouvait également se faire *per andelagum* ou *per chartam*, par le andelanc ou par la remise de la charte de vente.

En second lieu, le délaissement de la possession, *werpfitio* ou *guerpfitio*, d'où est venu notre mot déguerpir ; l'aliénation n'était complète que lorsque la *werpfitio* venait se joindre à l'investiture de la propriété. Primitivement le second acte de la vente était aussi formaliste que le premier : l'aliénateur, après avoir investi l'acquéreur de la propriété, devait sortir, *exire*, du fonds vendu, en sautant par dessus la haie un pieu à la main ; tel est le cérémonial que l'on trouve décrit dans la loi Salique au titre de *Cherne-crûda*. Mais à cet abandon de fait de la possession, succéda bientôt un contrat qui, en droit, produisait les mêmes effets que la sortie réelle du fonds : il se formait au moyen d'une déclaration verbale de l'aliénateur (*se exitum dicebat*) accompagnée de l'offre de

(1) M. Brunner, *op. cit.*, p. 274.

la *festuca* (1); de là le nom donné à ce contrat d'*exfestucatio* (2), employé désormais comme synonyme de *werpitio*. L'*exfestucatio* ne s'appliquait donc en principe, qu'à la tradition de la possession ; elle correspondait ainsi à la *missio in vacuum possessionem* contractuelle du droit romain. De sorte qu'en allant au fond des choses, le transfert n'était en réalité qu'une des faces du contrat, la même forme servant à aliéner la propriété aussi bien qu'à créer des rapports d'obligation. D'après la théorie que nous exposons, ce fait, qui en lui-même est incontestable, résulterait de ce que les Germains firent de l'abandon de la possession un contrat spécial de celui de la propriété, et cette circonstance aurait altéré le caractère juridique du transfert proprement dit, jusqu'au point de l'identifier avec le contrat.

Telle est la conclusion à laquelle est arrivée M. Brunner. Mais, si d'une part l'*exfestucatio* s'appliquait au délaissement de la possession d'autre part il est certain que la *festuca* réalisait également le transfert de la propriété elle-même, ainsi que le montrent nettement les textes et les formules de l'époque franque. En voici un exemple : « ad ipsam præfatam Ecclesiam per hanc cartulam traditionis sive per festucam atque per andelagum ad opus sancti illius a die præsentis perpetualiter transfirmo » (de Rozière, n° 201, t. I, p. 242). Il est plus vraisemblable

(1) La tradition comprend en réalité deux actes différents : le délaissement par le vendeur et la prise de possession par l'acquéreur. Aussi cette formalité est-elle désignée dans les textes de l'époque féodale par l'expression significative de *vêtire*, ou *vest* et *devest*.

(2) A proprement parler la translation de la propriété à l'acquéreur, constitue l'*infestucatio* ; au déguerpissement de l'aliénateur est réservée l'expression d'*exfestucatio*. Ce sont deux faces d'un même acte (Galland; du *Franc Alleu*).

qu'on ne devait pas distinguer dans la pratique le transfert de la possession de celui de la propriété : la même formalité produisait ces deux effets ; c'est ce qui explique pourquoi dans les textes, les mots *werpiti* et *exfestucatio* sont employés pour désigner l'investiture aussi bien que la tradition. Si donc la théorie de M. Brunner rend compte d'un grand nombre de textes qui distinguent et enregistrent successivement : d'abord la tradition translativie « per herbam per ramum, per andelagum, per cartam » ; puis le délaissement de la possession, *guerpire* ou *se existum dicere*, il est bien difficile d'admettre que la tradition constituât, dans tous les cas, un contrat spécial et distinct de la vente, celle-ci portant seulement sur la propriété. A cette époque, l'analyse juridique n'était pas assez avancée ; au reste nous aurons plus loin l'occasion de revenir sur ce point.

C'était également au moyen de la *festuca* qu'avaient lieu les institutions d'héritiers et les donations : l'aliénateur jetait la *festuca* sur la poitrine de celui qu'il avait choisi pour légataire ou donataire, en même temps qu'il désignait les biens qui faisaient l'objet du contrat. (Loi salique, titre 48). De même, le Germain qui voulait renoncer à tous ses liens de parenté afin de se soustraire à l'obligation de solidarité qui pesait sur tous les membres d'une même famille, devait rompre la *festuca* dans l'assemblée publique, dans le *mallum*, en présence du *Tunginus* et du *Centenarius*, c'est-à-dire en présence des chefs du pays et de la centaine (*eod. loc.* titre 63). L'emploi de la *festuca* se retrouvait aussi dans les partages de succession (Marc. *Formul.* II, 13), les procurations (*ibid.* I, 21), et en général les conventions les plus usuelles.

Enfin la *festuca* servait encore au transfert des choses incorporelles, aussi bien pour renoncer à une action déjà intentée que pour transmettre à un tiers des créances ou actions afin de pouvoir agir par autrui ; c'était une manière indirecte d'arriver à la représentation en justice (Roz. form. 392).

Le *fétu* qui avait servi dans un contrat était conservé avec soin. Si l'un des contractants ne remplit pas ses engagements, dit la loi Salique, son adversaire ira vers le comte, prendra le *fétu* et formera sa plainte. Les autres signes symboliques de l'aliénation de la propriété comme la glèbe et le rameau étaient pareillement conservés dans les Eglises.

Ces fonctions multiples d'un même symbole ne doivent pas nous étonner. La législation romaine nous a déjà offert un exemple analogue de contrat formaliste, le *nexum* ; aux formalités de l'airain et de la balance des anciens Romains correspondent dans le droit germanique celles de la *festuca*. Au reste « le transfert comme le contrat ne repose au fond que sur un consentement échangé ; et si un peuple primitif a trouvé telle forme extérieure propre à attester le consentement sérieux en matière de contrat, il est naturel qu'il la trouve également bonne à révéler la volonté des parties dans les translations de propriété (1).

(1) M. Esmein, *op. cit.*, p. 79 ; — Cf. M. Glasson, *Hist. du droit et des inst. de la France*, t. III, p. 284. — D'après Isidore de Séville (*Origin.* IV, 25) l'emploi du fétu de paille dans les contrats germaniques remonterait au droit romain. « Rompre la paille », c'était faire une promesse : les contractants la reconnaissaient en rapprochant les deux brins rompus, rapprochement qui était le symbole de l'accord des volontés. Telle serait, suivant Isidore, l'origine de la stipulation romaine, et la *festuca* n'en serait qu'une forme nouvelle adaptée aux usages germaniques. Cette opinion est très contestable en ce qui concerne le droit

Le contrat formaliste ne disparut point avec l'époque franque ; on le retrouve encore à l'époque féodale. Souvent les mêmes expressions servent à le désigner : faire foi, faire fiance, fiancer, reliant ainsi les usages du moyen-âge à ceux de la période barbare. De nouveaux termes s'introduisent aussi : *plévir* sa foi ou simplement *plévir* ; d'où le nom de la caution et du cautionnement : *plège*, *plégerie*.

Mais si la *fides facta* existe toujours, ses formes extérieures se sont graduellement modifiées. La *festuca* disparaît de la pratique judiciaire dès l'époque franque ; tandis que le *wadium* se conserve jusque dans la procédure du Moyen-Age. On retrouve des traces du jugement de preuve jusque dans Beaumanoir, Pierre de Fontaines et le livre de Jostice et de Plet ; les parties s'engageaient à l'exécuter en remettant leur gage, généralement un gant, c'est l'ancien *wadium* qui a survécu ; dans les sources normandes et anglo-saxonnes la promesse de fournir la preuve s'appelle encore la *wadiatio* (1).

Les mêmes transformations se produisent à l'égard de la *fides facta* appliquée aux conventions privées.

romain ; elle exprime plutôt le système du droit germanique, seulement pour lui donner plus d'importance. Isidore de Séville le fait dériver du droit romain. — Quoiqu'il en soit, l'expression de « rompre la paille » persista dans le langage bien longtemps après la disparition de la *festuca* : c'était une forme de parler qu'on employait comme synonyme de contracter. On la trouve notamment dans un roman du XII^e siècle :

Les dons que t'ai donné ai malement perdus ;

Va-t-en en la contrée ; *rompus est li festus* ;

(Roman d'Alexandre, ms. du XII^e au XIII^e siècle, folio 148).

Et au XVII^e siècle, on dit encore que :

Une paille rompue

Rend entre gens d'honneur une affaire conclue

(Molière : le Dépit amoureux, acte IV, scène 4).

(1) M. Esmein, p. 96, note 4 et les auteurs, y. cités.

Déjà à l'époque franque ses formes commencent à changer : l'élément matériel qui réalise la promesse solennelle n'est plus l'offre de la *festuca* ; c'est la *main* qui désormais joue le principal rôle dans la formation du contrat, c'est là un vieil usage des peuples primitifs et en particulier des Indo-Européens. S'il s'agit d'un engagement à prendre, le futur débiteur met ses mains dans celles du créancier, si mieux il n'aime s'engager par serment, auquel cas il lèvera la main ou bien il la posera sur des reliques ; dans ce dernier cas, il faut distinguer deux choses, la promesse que main consacre et le serment qui l'accompagne. Cette nouvelle forme du contrat formaliste s'appelle au Moyen-Age la *fides corporalis* ou *manualis* : ce que les vieux auteurs traduisent par ces expressions de « faire foi et serment, promettre par la foi et serment de son corps », et parfois encore « créanter » (1).

Le contrat formaliste de l'époque féodale, comme celui de l'époque franque, avait des applications multiples. La *fiance* est le mode général de s'obliger encore sous Beaumanoir : « Si aucuns convenancent par foy ou par serement à rendre ou à payer aucune coze à certain jour » (XXXIV, 9). Il était usité aussi bien en matière de droit public que pour les conventions privées. Ainsi c'est en cette forme que le vassal présentait à son suzerain la foi et l'hommage : le vassal s'agenouillait et mettait ses mains dans les mains du seigneur, lui promettant fidélité (Assises de Jérusalem).

(1) Ibid., p. 99 et 100. — Ce mode de s'obliger ne peut être ramené à la paumée dont nous parlerons plus loin ; la pommée n'est employée que dans les contrats où, comme dans la vente, elle tient lieu d'une prestation effectuée ; elle n'intervient donc que dans les contrats réels, tandis que la *fides manualis* est un engagement qui repose uniquement sur l'honneur de celui qui s'engage.

saalem, édit. Beugnot, t. I, p. 313); dans la pratique l'hommage, bien que suffisant pour créer le lien obligatoire, était suivi d'un serment de fidélité prêté par le vassal, toujours entre les mains du seigneur. — Dans d'autres cas, la *fiance* au lieu de constituer un contrat contenait un serment professionnel que devaient prêter les fonctionnaires des villes, les membres des corps de métiers, les seigneurs et quelquefois les rois. Dans le livre de Jacques d'Ibelin est rapporté le serment par lequel le roi promet de respecter les coutumes : « lors doit estre apportée l'évangille et le seignor se doit agenoiller et mettre la paume destre dessus (Assises, éd. Bengnot, I, p. 454). « De si adonc qu'il ait fiancé sa foi qu'il gardera et fera le métier bien et léalement, et celle fiance doit estre faite devant deux du mestier » (Livre des métiers, éd. Depping, p. 77).

La même forme se retrouvait encore dans les fiançailles comme le nom l'indique; c'est par la jonction des mains que les fiancés se promettaient mariage, usage dont le rituel du mariage catholique garde encore la trace. Enfin la fiance servait surtout, comme à l'époque précédente, à contracter un cautionnement. Le débiteur principal amenait au créancier le futur plège, et celui-ci s'obligeait par la foi et serment, généralement en mettant ses mains dans celles du créancier; dans ce cas le contrat portait le nom de *plévine* du nom de son objet : la *plégerie*.

La plévine qui rappelait et continuait la fidéjussion de l'époque franque était encore en vigueur, en tant que contrat formaliste, au XIII^e siècle; mais ses formes premières s'altéraient de plus en plus. Ainsi dans le livre de Jostice et de Plet, il semble bien qu'il

n'y ait que des formules verbales échangées, sans gestes de la main (XIX, 38 § 1); et d'après le Grand Coutumier de Normandie, la plègerie se formait par une simple déclaration : « simple plévine est faite en ceste forme : je plevis Jean qu'il rendra à Michel vingt sols à Noël » (ch. CX, de pleges); enfin Beaumanoir trouve plus commode de renvoyer quant aux formes du cautionnement aux us et coutumes du pays : « Pierres proposa contre Jehan qu'il estoit ses pleges de cent livres as us et as coustumes du païs (XLIII, 7). Il est vrai qu'à cette époque il était superflu d'observer les formes traditionnelles de la plègerie : les cautionnements de quelque importance se faisaient par lettres obligatoires, et nous verrons que c'était là un mode spécial et solennel d'obligation.

CHAPITRE II

LES CONTRATS RÉELS

En dehors du contrat formaliste, le droit germanique ne connaissait que des contrats qui se forment *re*. Le titre LII de la loi salique mentionne le prêt, *res praestita*, ce qui comprend aussi bien le prêt de consommation que le prêt à usage ; l'exécution de la convention par l'une des parties, le créancier, la rendait obligatoire. La loi salique s'occupe encore de la vente, mais seulement de la vente au comptant : la première forme de ce contrat chez les germains rappelle à bien des égards la vente primitive du Droit romain, alors qu'elle s'effectuait par une mancipation où la pesée du métal était toujours réelle. A côté de la vente, on trouve encore l'échange, la *datio in solutum* et le précaire, mais dans tous ces contrats, il s'agit d'opérations réalisées, non de simples promesses.

La vente à crédit apparaît dans les autres lois barbares et dans les formules de l'époque franque ; elle repose il est vrai sur le même principe que la vente au comptant de la loi salique : le lien obligatoire n'existe que lorsqu'une des parties a effectué une prestation, totale d'abord, puis partielle et enfin symbolique. Le simple consentement est toujours insuffisant pour s'obliger ; il faut, pour que le contrat soit formé, qu'il y ait eu tradition par le vendeur ou paiement du prix par l'acquéreur. Cette nécessité du paie-

ment du prix, en présence de témoins qui puissent au besoin en attester la réalité, est placée par les textes législatifs et les formules sur la même ligne que la rédaction d'un écrit qui, nous le verrons dans le chapitre suivant, donnait force obligatoire au contrat. On lit, en effet, dans la « *lex antiqua Wisigothorum* : Venditio facta per scripturam plenam habet primitatem. Cœterum si etiam scriptura facta non fuerit, et datum pretium præsentibus testibus comprobetur, et plenam habeat emptio robur. » (V. 4, § 3) » ; et dans la *loi des Bavarois* : « Si quis vendiderit possessionem suam alicui, terram cultam, non cultam, prata vel silvas, post accepto pretio aut per cartam aut per testes comprobetur firma emptio (XVI, 2) ». Enfin pour ne laisser aucun doute sur la nature juridique de la vente, les textes l'assimilent complètement à l'échange au point de vue de sa formation : « Commutatio, hoc est quod cambias, talem qualem emptio habeat firmitatem (*loi des Bavarois* XVI, 8) ; — ut ita valeat commutatio sicut et emptio. Commutatio si non fuerit per vim et metum extorta talem qualem et emptio habeat firmitatem (lex antiq. Wisig. V, 4 § 1) ». Or, il n'est pas douteux que l'échange n'ait conservé dans le droit germanique le caractère de contrat réel qu'il avait en Droit romain. Les formules de vente mentionnent également le paiement du prix comme élément essentiel du contrat : Domno fratre illi ille : liceat empti venditique contractus sola pretii adnumerationem et rei ipsius traditione consistat, ac tabularum aliorumque documentorum ad hoc tantum interponatur instructio ut fides rei facti et viris ratio comprobetur (Rozière form. 268).

Le paiement du prix n'intervenant que pour rendre visible l'accord des volontés, il s'ensuivait qu'une prestation complète n'était pas indispensable pour former le contrat ; un paiement partiel suffisait, car dans un cas comme dans l'autre la volonté des contractants était certaine : *Si pars pretii data est, et pars promissa non ad impletur, non propter hoc venditio facta rumpatur. Sed si emptor ad placitum non exhibuerit pretii reliquam portionem, pro pretii parte quam debet solvat usuras, nisi hoc forte convenerit ut res empti venditori debeat reformari.* (*Lex antiqua. Wisig V, 4 § 5*, citée par M. Esmein, p. 13.)

Bien plus une dation d'arrhes effectuée comme à compte sur le prix, ou une prestation accessoire quelconque étaient considérées comme équivalant au paiement. De là l'importance que la théorie des arrhes acquit dans le droit franc, importance qu'elle n'eut jamais à Rome. Dans le droit romain la dation des arrhes intervenait seulement comme une preuve matérielle et visible du consentement des contractants ; elle n'était qu'un accessoire, non un élément essentiel de l'acte : c'était là une prestation qui ne transformait point un contrat consensuel en un contrat réel, elle n'avait même pas pour effet de rendre définitif l'accord des volontés si telle n'était l'intention des parties ; celles-ci pouvaient se dédire, l'acheteur en perdant les arrhes qu'il avait données le vendeur en les restituant au double. Au contraire dans le droit germanique les arrhes sont le moyen naturel de rendre obligatoire une convention non encore réalisée, elles sont un élément constitutif de l'acte. Aussi produisent-elles des effets plus rigoureux qu'en droit romain : celui qui

les a reçues ne peut plus se dédire en les restituant au simple ou au double, pas plus que celui qui les a données en les abandonnant au vendeur ; en un mot les parties sont liées irrévocablement. Telle est la règle qu'on trouve exprimée en termes presque identiques dans la loi des Wisigoths et dans celle des Bavares : « Qui arras pro quacumque re ac-
« ceperit, id cogatur implere quod placint (lex
« antiqua Wisig. V, 4 § 4), — qui arras dederit pro
« quacumque re, pretium cogatur implere quod pla-
« cuit emptori (lex Bajuw. XVI, 10). »

La remise de quelques pièces de monnaie à titre d'arrhes n'avait donc pour but que de rendre certain et visible l'accord des volontés ; mais le même résultat pouvait être atteint par une prestation quelconque, n'eût-elle d'ailleurs qu'une valeur purement symbolique : c'est ainsi que dans les fiançailles intervenait, *arrharum nomine*, la remise soit d'un anneau, soit d'un *solidus* ou d'un denier (1).

Ce n'est là qu'une application particulière du système général usité en matière de contrats. Les arrhes durent être le premier tempérament apporté à la règle qui exigeait au moins un commencement d'exécution du contrat pour donner force obligatoire à la volonté des parties : par leur forme elles se rapprochaient beaucoup de la règle primitive, puisqu'elles étaient en principe la représentation d'un paiement partiel. Mais de bonne heure elles tendirent à devenir purement symboliques comme dans les fiançailles, ce qui exerça une notable influence sur le développement ultérieur

(1) Cette pratique est parvenue jusqu'à nous sous sa forme symbolique : dans la bénédiction nuptiale on voit encore figurer l'anneau et la pièce de mariage. (M. Esmein, p. 15).

de la forme des actes. La pratique introduisit en effet, sur le modèle des arrhes, de nouvelles formes de contracter plus simples que les anciennes et qui devaient jouer le même rôle : certaines actions symboliques furent considérées comme équivalant soit à une prestation effectuée soit à une dation d'arrhes. Dès lors l'emploi des symboles s'étendit à toutes les conventions et persista même lorsque les Francs connurent l'usage de l'écriture (1) ; beaucoup se trouvent encore mentionnés dans les formules et les chartes de l'époque féodale, ainsi que nous aurons maintes fois l'occasion de le constater.

Voici les symboles qu'on trouve le plus fréquemment énoncés dans les documents de l'époque, en dehors de ceux qui se rapportent à l'aliénation de la propriété. L'affranchissement d'un esclave devant le roi avait lieu par le denier (*jactato denario*) : l'esclave au moment où l'on prononçait la formule d'affranchissement, jetait aux pieds du roi, en guise de rachat, un denier d'argent ou or (Brisson, note sur les *Form. veter.*).

Le débiteur qui mettait sa propre personne en gage, au profit de son créancier s'obligeait en posant ses bras sur son cou ou sa chevelure ; s'il était insolvable il devenait l'esclave du créancier (Append. de Marculfe, *Form. veter. incert. auct. Rozière* for. 47 à 52, 372 § 3). — Quelquefois aussi la lance était employée comme symbole pour une institution d'héritier : nous lisons en effet, dans Grégoire de Tours (*Hist. Franc.* III. 7) que lorsque Gontran voulut assurer le royaume à son neveu Childeberr, il lui mit

(1) Pardessus, loi salique, dissert. XI.

la lance dans la main, au moment où il le déclarait son héritier. Enfin le *dotalitium* se constitue *per osculum* : *omnia quantum ego ipsi uxori me ætradidi ad habendum sive per osculum, sive per cartam traditionis* (Deloche : Cartulaire de l'abbaye de Beaulieu en Limousin n° 30 (année 1165-1170).

Quant à la vente, et principalement à la vente immobilière, nous avons déjà signalé, à propos de la *festuca*, en quelle forme elle s'effectuait et comment par exemple l'*investiture* de la propriété avait fini par être confondue dans la pratique avec la *tradition* de la possession. Il nous faut maintenant revenir sur ce sujet et examiner de plus près les divers symboles employés pour la tradition considérée comme l'équivalent de la vente elle-même (1).

À défaut de l'emploi de la *festuca* ou d'une réalisation immédiate, totale ou partielle, la tradition se faisait, comme l'*investiture*, par la glèbe, l'herbe ou le rameau, *per cespitem, herbam aut ramum*, ou encore par le gant. Les aliénations d'immeubles avaient lieu également : *per cordam signi*, par la remise faite à l'acquéreur de la corde de la cloche ; *per ostium domus*, par la porte de la maison saisie par l'acheteur : *per*

(1) À la rigueur on pourrait soutenir que la distinction du contrat et de la tradition existe déjà dans la loi Ripuaire ; on y trouve en effet ce passage : Si quis alteri aliquid vendiderit et emptor testamentum vindicionis accipere voluerit, in mallo hoc facere voluerit, precium in presente tradat et rem accipiet, et testamentum publice conscribatur. Mais il ne faut pas attacher trop d'importance à ces termes, car « encore au IX^e siècle, l'idée de vente est celle de tradition paraissent constituer dans les milieux germaniques purs, un agrégat que l'analyse juridique n'a pas encore disjoint » (M. Viолlet, Précis de l'histoire du droit français, p. 318),

ipsa carta et per ostium tradedit atque revestivit (Bruel : cartulaire de l'abbaye de Cluny, n° 91); — par la main qui était le symbole le plus naturel de la tradition : *per manum regis*, comme la donation entre époux (Marculfe I, 13); — enfin le couteau (*cultellus*) était aussi un symbole de tradition; au reste nous retrouverons des vestiges de ces symboles jusqu'à la fin du moyen-âge.

Le plus souvent, les diverses solennités que nous venons d'énumérer étaient accomplies simultanément afin de rendre, par leur réunion, le contrat inébranlable : « tradidit per wasonem terræ, et fistucam nodatum, seu ramo arborum, atque per cutellum et « wantonem, seu andilaginem » (Du Cange, Gloss. V^o andilagus). De son côté Mabillon (Annal. Benedict. tome III, p. 403, n° 22) rapporte quelques « exemples de « traditiones factæ per festucam et « andelaginem, per guaso nem et andilagon, per « terram et cultellum et ramos arborum et per ostium « domorum ».

Au reste, il ne suffisait pas de matérialiser à l'aide d'un symbole l'engagement des parties, il fallait encore, pour les besoins de la preuve, en conserver le souvenir. Aussi concluait-on les contrats en présence de témoins; mais, pour fixer leur mémoire, on usait parfois de procédés singuliers : quelquefois, en effet, on faisait comparaître à la confection des actes de jeunes enfants dans la mémoire desquels on gravait le souvenir des conventions stipulées, soit au moyen de cadeaux, soit, au contraire, en leur donnant des soufflets ou en leur tirant les oreilles (Guérard : Cartulaire de Saint-Père de Chartres, Proleg. nos 215 et 218 — cf Lex Rib., titre LX). D'ailleurs, les actes les

plus importants du Droit germanique étaient publics : ils étaient accomplis, nous le verrons, dans l'assemblée du peuple, dans les assemblées locales ou en présence des cours de justice (cf Guérard, eod. loc., n° 217). Cet usage persista longtemps : au moyen âge, les actes se concluaient encore aux portes des églises, au milieu des fidèles assemblés pour les saints offices ; de même, c'était à la porte du *moustier* que le futur époux constituait une dot à sa femme, ou un douaire (Établis. de St-Louis, II, 11).

Nous venons de voir qu'à la fin de l'époque franque, les formes primitives du Droit germanique, moins résistantes pour les contrats réels que pour la *fides facta*, tendaient partout à être remplacées par des signes équivalents : aussi n'est-il pas étonnant de rencontrer au moyen âge des contrats réels entièrement nouveaux. Mais ils reposent toujours sur le même principe, le consentement des parties doit être matérialisé ; seules les formes extérieures ont changé.

Les Assises de la Cour des Bourgeois du royaume de Jérusalem établissent que la vente n'est obligatoire que lorsqu'il y a une prestation effectuée de part et d'autre. Par exemple, si le prix a été payé « le vendor ne se peut puis repentir de celui marché qu'il a fait, se celui ve l'veut qui l'avoir (meuble) a acheté, ains est tenu par dreit et par l'assise le vendoeur de délivrer selui aver à l'acheteour, et celui est tenus de paier li le remanant de la monée de la vente (ch. 27). Pareillement « se un home a vendu un sien aver à un autre home et celui qui a acheté l'aver est saisi de celui achat, et puis avient que le vendoeur se veut repentir et reprendre son aver, le dreit comande qu'il

ne le peut tollir à celui qui l'a acheté et qui en est saisis, ce il ne li veut rendre de bon gré. Et se celui home qui a acheté l'aver et est saisis de l'aver se veut puis repentir de celui marché et laisser celui aver, il ne le peut faire se celui ne l'aveut qui l'aver li vendy, ains est tenu de paier li tout ce qu'il li ot en convent por celui aver dont il est saisis (ch. 29). Le législateur des Assises donne le motif de ces différentes décisions sous la forme d'un adage : « *Quia, dit-il, quod non fecit venditio reconciliat traditio* » ; on distingue donc nettement, à cette époque, le contrat et la tradition, celle-ci ayant pour effet de rendre le contrat irrévocable. D'ailleurs, le texte des Assises (édition Kausler, ch. 28, p. 63-64), a soin de dire, comme la loi Wisigothique, qu'une prestation partielle suffit pour créer le lien obligatoire : si le vendeur a « ressut de l'emptor une partie de l'aveir ou un soul denier de paiement », il ne peut plus revenir sur son consentement, « *quia illa particula soluta totum in conventionem debitum, in se portat* » ; un commencement d'exécution a donc pour effet de convertir un simple projet en un contrat ferme et stable. De même, la simple promesse n'est pas obligatoire par elle-même ; le promettant n'est pas tenu de prêter, par le droit ou par l'assise, s'il n'y a en gage, plège ou charte scellée (1).

Le caractère de réalité du contrat se retrouvait dans une autre forme, le denier à Dieu, qui avait également pour but de mettre hors de doute le consentement des parties ; seulement ici la prestation effec-

(1) Voy. sur tous ces points la savante étude de M. Esmein sur les contrats dans le très ancien droit français, p. 21 et seq... dont nous ne saisons en général que résumer les conclusions.

tuée était devenue symbolique. Le denier à Dieu, *denarius Dei*, était une pièce de monnaie que l'un des contractants donnait à l'autre en signe de marché conclu, et qui, dans l'opinion des praticiens du moyen âge représentait une exécution partielle : ce n'était pas cependant un à-compte sur le prix, mais une sorte de supplément que fournissait l'une des parties et que l'on employait, soit à des usages pieux, soit à acheter du vin que buvaient ensemble les contractants et les témoins ; c'est ce que nos vieilles coutumes appellent le *vin du marché*. Le denier à Dieu était une forme de contrat très répandue elle se trouve mentionnée dans les coutumes du Midi de la France aussi bien que dans l'ouvrage de Beaumanoir et le recueil de Décisions de Jean-des-Mares ; on la rencontre jusque dans les coutumes de l'Allemagne. C'est une idée familière à tous nos auteurs (1).

Ces modes de contracter se rapprochent de ceux de l'époque précédente, lorsqu'il était nécessaire de corroborer le consentement par une tradition, réelle ou symbolique : ils servent de transition entre les contrats du droit germanique et ceux de la période féodale. Il se produisit, en effet, dans la forme des contrats réels une modification analogue à celle que nous avons déjà observée pour la *fides facta* : un geste de

(1) L'usage du denier à Dieu est encore pratiqué aujourd'hui dans certaines villes, notamment à Paris, pour la location des appartements : c'est une gratification qu'on donne au concierge de l'immeuble comme preuve qu'un engagement réciproque a été contracté ; toutefois il est permis de se dédire dans les vingt-quatre heures, passé ce délai, le bail est définitif de part et d'autre. Au surplus, il ne faut pas confondre le denier à Dieu avec les arrhes, qui sont données au vendeur ou au propriétaire, non à son mandataire.

la main put également donner naissance à l'obligation ; tel est l'objet de la *paumée*.

La *paumée* est un acte extérieur et symbolique qui, en principe, a le même effet que le denier à Dieu : à défaut du paiement du prix ou d'une prestation équivalente, le lien obligatoire existe lorsqu'on s'est frappé dans la paume de la main. Si la *paumée* ressemble dans sa forme au contrat formaliste de l'époque féodale (*fides manualis*, *fiance*), elle s'en sépare par l'idée qu'elle représente : dans le contrat formaliste, celui qui donnait la main à son adversaire ou la levait pour attester la divinité, engageait sa foi et son honneur ; il n'y avait rien là qui se rattachât à un acte matériel, c'était un engagement moral. Au contraire, la *paumée* peut être ramenée, suivant une ingénieuse conjecture, à l'idée d'une exécution partielle purement symbolique : « Ce serait alors une tradition réduite à sa plus simple expression ; au « lieu de remettre une pièce de monnaie, on n'en fait plus que le geste ; on touche la paume de la main » (1).

D'ailleurs les textes mentionnent constamment la *paumée* à côté de l'exécution partielle et du denier à Dieu, et comme pouvant les suppléer. Cependant la *paumée* ne paraît pas avoir eu la même force obligatoire que les deux formes de contrats auxquelles on la compare : elle lie bien en principe les contractants, mais chacun d'eux peut se dégager en payant une amende et en jurant solennellement qu'il est dans l'impossibilité d'exécuter le marché.

L'emploi de la *paumée* se retrouve dans le droit

(1) M. Esmein, p. 26.

allemand et le droit anglais anciens : le *handschlag* germanique a le même sens et la même efficacité que la paumée de notre droit féodal ; et le vieux droit anglais connaît également une vente par la poignée de mains (*handsale*) (1).

Telle est, au commencement du XIII^e siècle, la théorie générale des contrats : les conventions n'ont d'existence légale que lorsqu'elles sont entourées dans leur expression de certaines solennités ; c'est là, nous le savons, un caractère qui se rencontre à l'origine de toutes les législations. Mais à l'époque où nous sommes parvenus, cette théorie va subir une transformation profonde ; les contrats solennels vont graduellement disparaître pour faire place à un principe nouveau : le simple consentement suffira désormais pour créer un rapport de droit, il sera inutile de le traduire extérieurement par des gestes ou des symboles. En d'autres termes la forme ne sera plus requise *ad sollemnitatem*, du moins pendant un certain temps.

Ce principe reçut tout d'abord un correctif important dans la théorie des preuves : aussi les formes orales subsistèrent quelque temps encore mais alors elles intervenaient surtout *ad probationem*. Quant aux formes écrites, c'est à partir de ce moment qu'elles prirent un si large développement dans la pratique : par suite de la disparition des contrats verbaux, elles seules pouvaient faire preuve de la formation du

(1) L'idée de la paumée s'est conservée dans ce dicton populaire : *tope là et c'est conclu* ; cette idée est encore mise en pratique dans les foires, surtout dans les campagnes, où les parties ont l'habitude de frapper dans la main ou de boire ensemble en signe de marché conclu.

contrat et en assurer l'exécution. C'est à ce besoin que répondit, à la fin du XIII^e siècle, la création d'un corps d'officiers publics chargés de conférer l'authenticité aux conventions au moyen de la rédaction solennelle d'un écrit.

La théorie nouvelle avait été préparée par le droit canonique; en outre elle fut largement développée par suite d'une fausse interprétation du droit romain relatif aux obligations.

De bonne heure, l'Église avait trouvé le moyen de rendre les conventions obligatoires, sans qu'aucune prestation eût été effectuée : il suffisait de promettre sous serment; les canonistes faisaient respecter le serment promissoire au moyen de prescriptions rigoureuses, et les cours laïques elles-mêmes en reconnaissaient dans une certaine mesure la force obligatoire. Cette législation spéciale sur le serment s'établit d'autant plus facilement qu'il était passé en usage d'assimiler le serment et la fiancé : on s'engage en donnant sa foi, soit d'après le mode laïque, la fiancé, soit d'après le mode religieux, le serment. C'est là une idée qu'on rencontre dans les coutumes et les vieux auteurs : Beaumanoir de même que les Coutumes notoires du Châtelet de Paris, mettent sur la même ligne les « convenances par foy ou par serment ». Il est vrai que cette manière de faire respecter la foi jurée se rapprochait sous bien des rapports, du contrat formaliste; la nouvelle théorie s'annonçait par une transformation de l'ancienne; mais ce souvenir du droit germanique ne devait pas tarder à disparaître.

L'idée que nous venons de voir apparaître dans le droit canonique ne prit une véritable extension qu'au moment de la rénovation du droit romain, à la fin du

XII^e siècle : une interprétation inexacte de la théorie relative à la formation des obligations en fut la cause. Le droit romain n'admettait pas en règle générale que le consentement seul suffit pour obliger; mais la jurisprudence prétorienne et la législation impériale avaient posé en principe que les pactes conclus sans dol et qui n'avaient rien de contraire aux lois devaient être respectés. *Pacta servabo* avait dit le Préteur dans son édit; mais cette promesse ne fut tenue qu'en partie : les pactes n'engendraient qu'une obligation naturelle, Ulpien le déclare expressément pour le pacte d'intérêts (loi 5, § 2, D. 46, 3) et les termes qu'il emploie montrent bien que ce n'est pas là une décision isolée, mais l'application d'une idée générale. Cette obligation naturelle était sanctionnée par une exception, et dans quelques cas seulement par une action (pactes prétoriens et légitimes). En outre, l'engagement qui avait été suivi d'exécution par l'un des contractants était une cause d'obligation pour l'autre (contrats innomés). Le droit romain n'alla jamais plus loin.

Les praticiens de l'époque féodale élargirent cette théorie en donnant aux maximes des jurisconsultes de Rome, une portée qu'elles n'avaient jamais eue. Ainsi trouvant dans la loi 1 pr., D. *de pactis*, cette phrase : *Quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea quæ inter eos placuerunt servare?* Pierre de Fontaines la traduit ainsi : « Bien doit-on garder ce qu'en convenance, car la loi écrite dit : qu'il n'est nule riens tant soit convenable à humaine foy, fors de garder ce où en convenance » (Conseil, XV, § 1). La loi romaine est donc prise dans un sens nou-

veau. Dans le Livre de Jostice et de Plet l'adaptation n'est pas moins visible. « La droicture de cest ban est naturel ; et que chose est plus accordable au monde est gardér ce qu'est enconvenancé entre les genz? (II, 16, § 1).

Cette large interprétation du droit romain ne fut pas acceptée par tous les juristes : quelques-uns d'entre eux s'entinrent purement et simplement à la doctrine du droit romain, telle avait été formulée par les jurisconsultes de l'âge classique. Mais cette tentative de résistance fut vaine : le principe de la liberté des conventions une fois posé se développa rapidement. C'était l'idéal vers lequel avait sans cesse tendu le droit romain et qu'il n'avait jamais réalisé ; il était réservé à notre droit coutumier de terminer l'évolution commencée dix siècles auparavant.

Les anciennes formes de contracter ne disparurent pas tout à coup devant le principe nouveau : on les trouve encore mentionnées dans les auteurs du XIII^e et même du XIV^e siècle, quoique à cette époque elles eussent perdu tout caractère obligatoire. Désormais le contrat « par paroles accordées » est dénué de formes solennelles, et si le denier à Dieu et la paumée interviennent encore, c'est comme « renforcements de contrats » et pour faciliter la preuve :

Ainsi d'élément solennel des contrats, la forme orale est devenue un simple moyen de preuve : au reste elle ne tardera pas à être remplacée par la forme écrite qui mieux qu'elle garantit la preuve et en outre l'exécution du contrat.

Mais le vieux système des contrats a laissé des traces nombreuses dans nos premiers auteurs coutumiers : à travers les transformations qu'ils nous

signalent comme accomplies de leur temps on peut saisir qu'elle avait été la pratique antérieure. Ainsi Beaumanoir examinant les diverses formes de contrats usités de son temps, prend soin de nous dire qu'il met exactement sur la même ligne le simple accord des volontés, le denier à Dieu et les arrhes : « Nos entendons, dit il, que marciés est fes si tost comme il est créantés à tenir par l'accord des parties, entre gens qui poent fere marciés, ou si tost que denier à Dieu en est donés, ou si tost comme eres en sont donées, car çascune de ces trois cozes vant conferment de marcié » (cap. 34 § 60). Ailleurs parlant de la vente il emploie encore l'expression « acheter à une paumée » (44 § 38). Jean des Mares dit également : Un créancier peut acheter et bailler denier à Dieu sur les héritages qui lui sont obligez mesmes pour son deu, quant se vendent par enchant, ou son porteur de lettres obligatoires, par et en défaut d'autre acheteur, les criées et subhastations faites solennellement (décision 178); et le même auteur parlant d'une vente conclue, mais non exécutée, emploie l'expression de « vente commencée » (déc. 200).

Le premier des textes de Jean des Mares que nous venons de citer nous signale à propos du mandat une espèce particulière de contrat : l'obligation par lettre. Il était admis, dès l'époque franque qu'un contrat rédigé par écrit était obligatoire indépendamment de toute autre forme. Le rôle de l'écriture, il est vrai, diminua d'importance lorsqu'apparut la théorie nouvelle sur la formation des obligations ; mais les règles particulières qui régissaient l'obligation par lettres restèrent toujours en vigueur, car l'écrit avait l'avantage de fournir la preuve directe du

contrat et d'en faciliter l'exécution : en sorte que la transformation de la théorie des contrats à laquelle nous venons d'assister ne s'appliqua guère en réalité qu'aux contrats verbaux.

Il nous faut maintenant examiner sous quelles influences les contrats par écrit s'introduisirent dans la pratique du moyen-âge, quel fut leur rôle, et comment ils se transformèrent à leur tour.

DEUXIÈME PARTIE

LA FORME LITTÉRALE

Nous avons vu en étudiant la législation romaine à quelle avait été, au Bas Empire et sous Justinien, l'influence de l'écriture sur la formation des contrats. Cette influence se fit sentir plus profondément encore dans l'Occident barbare : les traditions romaines survécurent à la chute de l'Empire ; mêlées aux principes nouveaux du droit germanique, elles constituèrent une sorte de droit coutumier qui fut le droit vivant de cette époque et qu'on retrouve au fond des formules franques et féodales.

On distinguait dans le droit franc aussi bien qu'au Bas Empire, deux sortes d'écrits : les *notitiæ publicæ* et les *notitiæ privatae* (1).

L'insinuation romaine s'était maintenue jusqu'à la fin du VII^e siècle ; on trouve bien encore dans les chartes du XI^e siècle la mention de la *gestis alligatio* ; mais cette expression ne signifie plus que la rédaction d'un écrit. A cette époque des formes nouvelles avaient depuis longtemps remplacé l'enregistrement à

(1) Mabillon : *de re diplomatica* (IV, 4).

la curie ; il est vrai qu'elles ne jouirent pas tout d'abord, surtout au point de vue de la preuve, de l'autorité qui s'attachait aux actes insinués. Du reste, il faut remarquer qu'en général les écrits publics, pas plus que les écrits privés, ne constituaient à cette époque de moyens preuve infaillibles, ils facilitaient seulement la preuve testimoniale : *non faciebant probationem probatam sed tantum probationem probandam* nous dit Loyseau (Offices II, 5, n° 32). Il n'existait pas encore de différence appréciable entre les actes rédigés en justice et les écritures privés : leur forme, leurs effets étaient à peu près analogues. Ce n'est que plus tard que le système moderne apparaît.

A l'époque Carolingienne les actes accomplis dans le plaid royal, ou le tribunal du comte, ou encore devant les officialités (tribunaux ecclésiastiques présidés par l'évêque) prirent d'abord la place des *gesta municipalia* ; plus tard les lettres dressées en présence des baillis ou des échevins, puis les actes de la procédure gracieuse prennent une plus grande importance, enfin, au déclin du XIII^e siècle, les actes notariés qui ne sont qu'une transformation des actes rédigés en justice tendent déjà à se substituer aux anciennes formes d'actes publics. Telle est dans son ensemble le développement historique de la théorie des actes écrits, dans le droit franc et féodal, théorie qui partie des actes publics du Bas Empire, devait aboutir à nos actes authentiques.

Les *notitiæ privatæ* comprenaient les actes passés soit devant un notaire ou un tabellion assisté de témoins, soit simplement devant des témoins. Les *notitiæ privatæ* avait une origine ancienne, mais

elles ne commencèrent à se développer que vers le XI^e siècle.

D'après Mabillon, ces actes furent introduits dans la pratique à l'occasion des donations, parce qu'elles se faisaient auparavant par la seule tradition; et comme il était nécessaire pour la perfection de la donation que le donataire fût saisi et mis en possession des biens qui lui étaient donnés, on dressait un écrit pour constater que la tradition avait eu lieu. Il nous donne ensuite quelques indications sommaires sur la forme de ces actes. Le donateur ou le rédacteur de l'écrit, dit-il, avait coutume de marquer le nombre de témoins qui y avaient assisté par autant de croix quand ils ne savaient pas écrire. Lorsque la sincérité de l'acte était mise en doute on appelait le notaire et les témoins pour leur faire rendre témoignage de vive voix de ce qui s'y était passé. Le notaire lui-même n'était dans notre ancien droit, comme à Rome qu'un témoin jouissant d'un peu plus de crédit que les autres. Enfin, le même auteur ajoute que le plus souvent on se contentait d'apposer son sceau ou cachet sur les actes, au lieu de les signer, et que le notaire mentionnait seulement le nom des témoins qui y avaient assisté (1). Au reste, nous verrons plus en détail comment toutes ces transformations se réalisèrent.

En résumé, on retrouve à l'époque franque la plupart des écrits privés de la pratique romaine; ils étaient généralement rédigés par les membres du clergé — par exemple le notaire ecclésiastique ou secrétaire de l'évêque — qui se transmettaient le dépôt

(1) Danty sur Boiceau, p. 45. — Cf. Bonnier, *Traité des preuves*, n^o 462.

des formules anciennes. Quelquefois ils étaient déposés dans les archives de l'évêché ou du monastère ; mais cette coutume ne se rencontre que dans quelques contrées du midi. D'ailleurs, on peut conjecturer que de tels actes n'avaient pas plus de valeur que ceux qui étaient dressés par les tabellions romains, la formalité du dépôt ne leur conférait pas une véritable authenticité ; c'était une mesure destinée simplement à assurer la conservation des actes, qui rendait la preuve d'autant plus aisée, mais ne faisait pas acquérir à l'acte un caractère public.

Nous allons étudier successivement les principales formes des actes écrits pendant l'époque franque et le Moyen-Age. Il en est une, par laquelle nous allons commencer, qui a un caractère tout spécial : je veux parler des contrats par la charte où l'écriture joue le rôle d'un symbole. C'est une forme intermédiaire entre les contrats non écrits, réels ou formalistes du droit germanique et les contrats où l'écriture n'est qu'un instrument de preuve. Nous rechercherons l'origine et les effets de ces contrats, ainsi que les liens de comparaison qui les ont fait assimiler aux contrats solennels du droit germanique.

Nous aborderons ensuite une institution analogue, celle des obligations par lettres, et nous verrons quelles différences la séparent de la première. Enfin nous consacrerons un chapitre à la juridiction gracieuse, c'est-à-dire à la forme la plus élevée des actes publics.

CHAPITRE PREMIER

LES CONTRATS DE LA CHARTE

D'après le principe de la personnalité des lois, chacun contracte suivant sa loi d'origine : le gallo-romain observe la loi romaine qui a été faite à son usage, le Barbare use de l'une des formes du droit germanique. Mais c'est là le point de vue théorique; or à aucune époque l'opposition entre la pratique et la théorie ne fut aussi tranchée : ouvrons en effet les recueils de formules, nous allons voir le contrat se former par la rédaction d'un écrit, et cependant ni le droit romain ni le droit germanique ne pouvaient justifier une semblable appréciation. De là l'importance qui s'attache à l'étude des formules : « le rôle qu'elles ont joué dans la législation du VI^e au X^e siècle, dit Laboulaye (1), n'a point encore été étudié d'assez près. Les lois salique et ripuaire, rédigées sur des souvenirs antérieurs à la conquête, sont bonnes pour y rechercher les coutumes primitives de la Germanie; mais elles ne nous donnent qu'un crayon imparfait de l'état social, après la conquête; les formules seules, demi-romaines, demi-barbares, dans le fond comme dans le style, nous expriment nettement ce qu'était cette société de deux races différentes, société confuse et mêlée, éléments en fusion, que le lourd marteau de la féodalité devait marier et confondre.

(1) Histoire de la propriété foncière en Occident, p. 426.

Les formules sont la législation de cette époque de transition; elles font le passage des lois romaines et barbares, comme l'époque qu'elles réfléchissent fait la transition de la conquête à la féodalité. Comme toujours l'état social se reproduit fidèlement dans les lois. » Aussi bien est-ce au point de vue social que les formules produisirent les conséquences les plus remarquables; elles furent en effet un puissant élément de fusion entre les conquérants et les vaincus. Il semble, dans l'application de ce procédé formaliste, que l'on n'ait pas égard à la nationalité des contractants : la rédaction d'un écrit est présenté par les praticiens de l'époque franque comme un mode solennel de contracter suivant la loi romaine; et cependant on emploie simultanément, pour une même convention, l'écrit et les formes germaniques, bien que ces modes de contracter dussent s'appliquer en principe à des individus d'une nationalité différente. En outre l'indication dans l'écrit que l'acte est fait suivant la loi romaine ou suivant une loi germanique devient de plus en plus rare.

Tout écrit, quelle que fût sa forme, n'avait pas pour effet de donner naissance à un lien obligatoire. Certains d'entre eux ne furent jamais comme en droit romain que des instruments probatoires, tandis que les autres avaient pour but de parfaire une convention. Mais il importe de faire connaître tout d'abord le système général des écrits privés à l'époque franque.

On distinguait dans l'Empire des Francs et en Italie, parmi les écrits privés la *notitia*, proprement dite, et la *charta*, répondant la première aux *acta domestica*, la seconde aux *chirographa* du Droit romain. La *notitia* est en règle générale rédi-

gée par la partie à laquelle elle est destinée à servir de preuve ; elle se présente sous la forme d'une narration d'un événement futur. La charte, au contraire, renferme la déclaration écrite par son auteur de sa volonté actuelle de s'obliger ou d'aliéner ; assez souvent, l'acte est dressé par un tabellion, dont le ministère s'était conservé sous la domination des Francs avec les mêmes caractères qu'à Rome. L'auteur de la charte parle au présent : « Je vends, je donne », parce que la création de l'obligation ou la transmission du droit se produit au moment où l'écrit est rédigé et résulte de sa rédaction ; les actes eux-mêmes disent parfois que c'est du jour où la charte est faite, *ab hac die*, que date l'effet du contrat. La forme de ces écrits rappelle également celle des *instrumenta forensia* : tout acte qui n'est pas écrit par l'une des parties porte la mention de la *rogatio* ; dans les actes les plus anciens, c'est la formule romaine dans les mêmes termes et à la même place, en tête de l'acte : *Scripsi ego N. notario hac cartula vinditionem rogatus et petitus a N.* (Codex diplomaticus Langobardiæ, n° 53, année 774). Plus tard, on adopte la formule : *hanc cartam fieri rogavit...* qui termine l'acte ; c'est la formule en usage dans les pays francs (Bruehl : cart. de l'abb. de Cluny, n° 91, année 906). Quant à la clause *complevi* et *absolvi*, ou encore *complevi* et *dedi*, elle ne se rencontre que dans les actes notariés de l'Italie (1).

La *notitia* et la charte diffèrent encore par leurs fonctions juridiques : la *notitia* n'est qu'un moyen de preuve, un acte destiné à conserver le souvenir

(1) M. Stouff : *op. cit.*, p. 271,

d'un acte dans les temps futurs, « *notitia pro futuris temporibus ad memoria retinendum* (Cod. dipl. Lang, n° 161, an. 847) ; tandis que la charte *réalise* le contrat. Au surplus, cette diversité de fonctions se reflète dans le style des actes : l'intitulé de la *notitia* sépare l'écrit de l'opération juridique à laquelle il se rapporte : aussi la désigne-t-on par les noms de *notitia traditionis*, *donationis*, etc. Au contraire, la charte porte comme titre le nom de la convention qu'elle renferme : *traditio*, *donatio*, etc, etc. Très souvent aussi, le contrat est identifié avec la charte à tel point que le nom du contrat est remplacé par le mot charte ou par quelque autre équivalent : Si quis contra *carta* ista refragationem mittere voluerit componat tantum, et postea carta ista firma permaneat (Cluny, n° 1837).

Comment les praticiens de l'époque franque furent-ils amenés à confondre la preuve et l'existence de l'obligation, l'*instrumentum* et le *negotium juris* ? C'est ce qu'il faut maintenant rechercher.

Pendant longtemps notre vieux droit ne distingua pas ces deux questions : la simple convention est-elle obligatoire ? la simple convention peut-elle être prouvée ? La seconde fut d'abord considérée comme la plus importante et fit négliger la première : une convention constatée par écrit était obligatoire parce qu'elle portait sa preuve en elle-même. Ce système a son origine dans un préjugé fort répandu à l'époque franque : on croyait généralement que la loi romaine exigeait la rédaction des contrats et qu'elle ne sanctionnait que ceux qui étaient ainsi conclus par écrit. Les scribes ne manquaient pas de rappeler ce principe dans le préambule des formules ; voici, à titre d'exemple, ce

que dit une formule *secundum legem romanam* : *lex et consuetudo exposcit ut quicquid inter sponsum et sponsam de futuris nuptiis fuerit definitum, vel largitum, scripturarum solemnitate firmetur* (Roz, for. 220). La même affirmation persiste jusque dans les chartes du XI^e siècle : *Agitur nunc, more legis romanæ, ut, si quis quippiam vult transfundere donando vel commutando, per paginam litterarum hoc corroboret* (Saint-Victor, n^o 179, an. 1010). Cette règle se trouve également exprimée dans les lois barbares, ce qui prouve qu'elle remonte assez haut dans la pratique : *Venditio per scripturam facta, plenam habeat firmitatem (lex antiqua Wisigothorum V. 4, § 3)*. La *cautio* qui constate la convention constitue le lien obligatoire ; c'est seulement lorsqu'il s'agit d'une vente verbale que la loi exige une prestation effectuée pour lier irrévocablement les parties : « *Cæterum si etiam scriptura facta non fuerit, et datum pretium præsentibus testibus comprobetur, et plenam habeat emptio robur.* » La loi des Ripuaires dispose que tout ce qu'un homme aura donné par écrit, en *sponsalitium*, à sa femme, doit lui rester définitivement acquis : « *Si quis mulierem desponsaverit, quicquid ei per tabularum seu chartarum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconvulsum permaneat* (tit. 37, dans Walter I, p. 175). Enfin, d'après la loi des Bavares, les pactes et les contrats qui ont été faits par un écrit quelconque, ne peuvent recevoir aucune atteinte : « *Pacta vel placita quæ per scripturam quamcumque facta sunt.... immutare nulla ratione permittimus* (XVI, ch. 16, Walter I, p. 285).

En résumé, on attribuait alors à l'écrit une efficacité spéciale : on y voyait un fait matériel et extérieur

capable de transférer la propriété et équivalant presque à la tradition germanique *per festucam* ou *per ramum*; la loi des Ripuaires a soin de nous dire que l'adoption peut avoir lieu « *per scripturarum seriem, seu per traditionem et testibus adhibitis secundum legem Ripuariam* » (titre 50, al. 48). Tous les documents que nous venons de citer sont l'expression d'une idée générale; tous affirment la puissance de l'écriture pour donner une existence légale aux conventions, quel que soit leur objet.

Le plus souvent les chartes de l'époque présupposent connu le principe relatif à la formation des contrats par l'écriture; aussi parfois elles l'expriment en des termes forts clairs: par cette charte, je vous vends, je vous donne, je vous transmets, *per ista presentem chartola vindo, trado*. On rencontre même cette formule qu'il est impossible de traduire: *spondeo per hoc vinculum cautionis* (de Roz, for. 368 et 372). Au surplus, les contrats les plus divers se font par l'autorité de la charte; *per scripture auctoritatem, per titulum cartarum, etc.*, il suffit de jeter un coup d'œil dans les recueils de formules ou les cartulaires.

D'ailleurs, le contrat par écrit avait la même valeur que les contrats solennels du droit germanique. On ne peut guère en douter lorsqu'on voit de nombreux textes mettre sur la ligne la charte et les modes solennels de contracter du droit germanique: *Dono, trado per hanc cartolam donationis, seu per fistucum atque godelaicum (wandelanc). Per wasone de terra, ramo de arboribus et per uno texto cartole trado atque investio* (Dans Bruner, *op. cit.*, p. 110); — *Nos pro ipso precio sive per hanc carta vindicione... ven-*

dimus (Cluny, n° 100); — per hanc cartulam compositionis sive per festucam atque andelagum dono tibi (Rozière, n° 242). D'autres textes comparent l'acquisition faite par la charte à celle qui résulte d'un autre formalité, soit du droit romain soit du droit germanique : Omnis homo qui possessionem suam in alterius vult transfundere potestatem, est necessarium ut perficiat illud secundum juris cessionem, id est aut vindicta, vel testamento seu stipulacione, quatenus firma et stabilis permanent institutio (Saint-Victor, n° 248 ; Cf. 36).

La conclusion qui se dégage de l'ensemble de ces documents est que la convention puise sa force obligatoire dans la charte elle-même ; elle reste inefficace comme la vente romaine au temps de Justinien, jusqu'à ce que l'écrit ait été dressé, à moins que les parties n'emploient concurremment avec la charte un des procédés formalistes que les coutumes germaniques mettent à leur disposition (1), et c'est ce qui arrive fréquemment, ainsi qu'on a pu le voir par les citations que nous avons faites.

Il ne nous reste plus maintenant pour terminer ce sujet, qu'à rechercher pourquoi la charte, de simple moyen de preuve qu'elle était en principe (2) était devenue une des formes les plus usuelles pour constituer les obligations et transférer les droits réels tout

(1) Stouff, *op. cit.*, p. 279.

(2) On rencontre parfois dans les formules franques des vestiges de cette idée ; l'une d'entre elles notamment renferme un exposé de doctrine fort net ; *empti venditique contractus sola pretii adnumerationem et rei ipsius traditione consistit, ac tabularum aliarumque documentorum ad hoc tantum interponatur instructio ut fides rei facti et viris ratio comprobetur* (Roz. n° 268). Mais cette distinction entre la preuve et l'existence du contrat n'est dans le droit franc qu'une exception.

en conservant son caractère d'écrit privé. L'étude de cette transformation nous reporte à la théorie romaine des contrats par écrit, théorie qui se développe jusqu'au commencement du Moyen-âge et réalise enfin tous les progrès que la pratique pouvait en attendre.

Les formules de l'époque franque portent l'empreinte de la législation et plus encore de la pratique romaine ; elles commencent par rappeler les principes que l'on attribuait au droit romain en matière d'écrits : *Romanam legem ordinantem ut quicumque partionem vel diffinitionem per scripturam fecerit, et hoc quod fecit implere neglexerit, ipsam causam agere non permittatur* (Roz. n° 122 ; — *nobilitate legis auctoritatem, ut si quis aliquid de rebus propriis alicubi transferre vel condonare voluerit, una cum cartula cessionis potestatem habeat solemniter roborandi* (Beaulieu, n° 71 ; an. 904-926). *Lex*, c'est ici la loi romaine, la loi par excellence. On pourrait citer une multitude d'autres documents où l'on invoque pour justifier l'exigence d'un écrit les autorités suivantes : *jus antiquæ institutionis, priscae leges, auctoritas veterum, mos antiquus, antiqua traditio* ; autant d'expressions pour désigner la loi romaine (1). En plaçant l'écrit sous la protection de cette loi, on lui donnait plus d'importance et une efficacité supérieure.

Reste à savoir si les rédacteurs des formules appliquaient véritablement la loi romaine, ou bien s'ils n'en étendaient pas abusivement les principes. Or,

(1) Quelquefois aussi le mot *lex* est employé pour désigner le Bréviaire d'Alaric, qui, à l'époque franque était regardé comme l'imitation la plus parfaite de la loi romaine.

nous savons que déjà à l'époque classique, les Romains avaient une tendance à confondre le contrat et l'écrit probatoire, le *gestum* et l'*instrumentum* : lorsque l'écrit mentionnait la formule de la stipulation, *stipulatus est, spopondit*, on supposait qu'une stipulation régulière avait eu lieu ; lorsqu'il constatait seulement que le débiteur avait promis de donner ou de rendre, on présumait que les paroles solennelles de la stipulation avaient été échangées (1). C'est sous l'influence des habitudes grecques que s'introduisit cette manière de voir ; et elle fut adoptée par les jurisconsultes aussi bien que par les praticiens, parce qu'elle était simple et commode. On rencontre bien, il est vrai, quelques protestations de la théorie contre ces nouvelles tendances ; ainsi Paul (loi 38, D. 44, 7) prend le soin de nous dire que « ce n'est pas de l'écriture, mais des paroles rapportées dans l'écrit que dérive l'obligation, bien que l'on ait fini par donner à l'écrit la même valeur qu'aux paroles. » Mais ces tentatives de résistance demeurèrent isolées ; au Bas Empire la nouvelle jurisprudence s'affirma de plus en plus : la seule restriction qui subsistait encore, la nécessité de la présence des parties, fut considérablement atténuée par Justinien. Par suite la *cautio* rendait inutile la stipulation, puisque l'obligation naissait de la mention écrite de la stipulation, quand bien même, en réalité, elle n'avait pas eu lieu ; dans l'écrit qui contenait les mots *stipulatus est spopondit*, passait toute l'énergie de la stipulation.

(1) Cf. M. Gérardin : Etude sur la solidarité ; Nouvelle Rev. hist. de dr. fr. et étrang., 1885, p. 141.

En réalité le droit romain était arrivé, par le moyen détourné de la clause de stipulation, à rendre obligatoire toute convention rédigée par écrit. Dès lors il n'est pas étonnant de rencontrer le même système à une époque où la distinction entre la preuve et l'existence du contrat était trop abstraite pour être comprise; les scribes de l'époque franque qui citaient sans cesse le droit romain ne le connaissaient guère que par l'intermédiaire de ses formules qu'ils copiaient, mais dont ils ne saisissaient plus le sens.

Ainsi on rencontre dans les formules franques une clause de style qui dès longtemps avait perdu sa raison d'être : c'est la clause « *cum stipulatione subnixa* » qui n'existe que dans les chartes, jamais dans les *notitiæ*. Il est probable que ce sont les textes de Paul relatifs à la *stipulatio subjecta*, recueillis dans la loi des Wisigoths, qui, pris à la lettre par les praticiens francs, répandirent l'idée que la clause de stipulation était prescrite à peine de nullité par la loi romaine; entre la *stipulatio subjecta* et la *stipulatio subnixa* la relation est intime (1). Imitant ce qu'on faisait à Rome, où les *instrumenta* contenaient d'abord un pacte, puis l'indication d'une stipulation ou d'une clause pénale intervenue pour le sanctionner, les praticiens francs terminaient généralement leurs *cautiones* par ces mots : *hæc carta firma et stabilis permaneat cum stipulatione subnixa*. Parfois encore, en souvenir de la stipulation aquilienne dont

(1) Sentences de Paul: *Omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit* (II, 23, § 2). *Pacto convento Aquiliana stipulatio subjici solet* (I, 1 § 3). — *Lex Romana Wisogothorum* (Hænel, 368 et 369); *Epitome Egidii: ut in omnibus pactis stipulatio fiat, ut ex stipulatu actio nasci possit*. *Epit. codicis Guelpherbytani: stipulatio omnibus pactis subjicienda*.

les Romains avaient coutume de faire suivre les conventions, les actes se terminent par la mention de la stipulation de la loi *Aquilia* ou *Arcadiana*, laquelle donne à toutes les chartes leur fermeté : *cum lege arcadiana quæ omnium chartarum accomodat firmitatem* (de Courson : Cart. de Saint-Sauveur de Redon, proleg. p. 260) ; *hæc stipulans stipulati sumus atque spopondimus, Aquiliani legis mentione firmamus* (Roz, 324) (1). Au surplus si l'on se sert encore de la clause de stipulation, cela ne prouve pas que le contrat verbal et solennel des Romains soit encore en usage ; on en a retenu seulement l'autorité inébranlable qui y était attachée par la pratique romaine. Aux yeux des rédacteurs des formules, l'idée de force obligatoire est inséparable de la *stipulatio subnixa* : *ut hec scriptio firma permaneat, cum stipulatione subnixa constituimus* (Moris et Blanc : Cart. de l'abbaye de Lérins, 55). Pareille affirmation se rencontre dans la plupart des chartes, et dans celles où on ne la trouve pas on peut la considérer comme sous entendue. Mais l'usage immodéré que l'on faisait de la clause *cum stipulatione subnixa*, et la place qu'elle occupait à la fin de l'acte amenèrent une conséquence assez curieuse : on finit par oublier le sens primitif de cette expression et on ne l'employa plus que pour désigner la signature et l'apposition du sceau des témoins : *donatio firma et stabilis permaneat stipulatione subnexa idoneorum testium*. Dans quelques actes on trouve au lieu de

(1) Cf. Brunner, *op. cit.*, p. 246. — Pardessus : de la form. *cum stipulatione subnixa* (Bulletin de l'Ec. des Chartes, t. II, 1840-1841 ; p. 432 et seq).

stipulatione subnexu, subscriptione subnexa (1).

En considérant l'écriture comme une forme spéciale de contracter, les Francs ne faisaient donc que suivre les traditions des praticiens Gallo-Romains de qui ils avaient reçus l'usage des formules en même temps que celui de l'écriture : or, ces praticiens n'avaient jamais connu que le système du Bas-Empire pour lequel l'écrit était un élément essentiel du contrat : telle était, nous l'avons vu la conclusion qui se dégageait des formulaires romains de la dernière époque.

Une dernière considération peut encore expliquer l'action persistante de la pratique romaine : je veux parler de l'institution des *gesta municipalia*. Une fausse interprétation des constitutions impériales relatives à l'insinuation des donations contribua également à développer cette idée que la loi romaine exigeait la rédaction des contrats par écrit. Au X^e et au XI^e siècle, quelques chartes rappellent encore dans leur préambule la nécessité de la *gestis alligatio* : « L'autorité des anciens législateurs, une coutume antique et les décisions des Pères commandent que, dans les donations, la volonté seule sans la *gestorum alligatio*, soit inefficace ; la volonté doit être exprimée dans les *gesta municipalia*, afin qu'après la mort des parties, l'acte qu'elles ont fait ne disparaisse pas, mais qu'il demeure ferme et inébranlable. C'est pourquoi je donne. » (Cluny, 725 an. 948). Mais à cette époque ce qu'on entendait par la *gestis alligatio* c'était uniquement la rédaction d'un écrit : d'une part en effet dans certaines formules, cette expression

(1) Brunner, p. 225 et seq.

est remplacée par des mots qui signifient un acte écrit; d'autre part, l'écrit probatoire est désigné quelquefois par l'expression *litteralia gesta*; enfin dans d'autres formules la signature des parties et des témoins, c'est-à-dire la formalité qui termine l'écrit probatoire, est présentée comme l'équivalent de la *gestis alligatio*.

Cette comparaison que les chartes établissent entre la simple rédaction d'un écrit et la *gestis alligatio*, entre l'instrument probatoire et l'écrit public, vient confirmer ce que nous avons dit précédemment sur la nature juridique des contrats par la charte : si on les assimile aux *gesta* c'est qu'on tend à leur attribuer une autorité analogue. Certes ils ne constituent pas encore des « actes authentiques » dans le sens que nous attachons à cette expression, mais c'est là un acheminement naturel vers l'authenticité. Le jour où celle-ci se fixa dans la pratique, soit au moyen des lettres obligatoires, soit par l'institution du notariat, les contrats par la charte n'avaient plus de raison d'être ; aussi on ne les rencontre plus au-delà du XII^e siècle. Leur disparition tient également à une autre cause : les contrats par la charte tiraient leur origine, nous l'avons vu, autant de la pratique du Bas-Empire que d'une interprétation erronée des principes du droit romain ; ils disparurent lors de la rénovation des études juridiques. Le code de Justinien fut introduit en France dans la seconde moitié du XII^e siècle, et cet événement fut aussitôt suivi d'une importante transformation dans la théorie générale des contrats, transformation que nous avons déjà étudiée en partie.

CHAPITRE II

DES LETTRES OBLIGATOIRES

Au moment même où les contrats par la charte tombent en désuétude, on voit apparaître plusieurs autres formes de contracter, employées d'abord concurremment avec les anciennes, mais qui finirent avec le temps par les remplacer. Elles offraient en effet aux parties plus de garanties et de commodité que toutes celles qui avaient été usitées jusqu'alors. L'efficacité de ces nouvelles formes était toujours fondée sur l'emploi de l'écriture ; mais, à l'encontre de ce qui avait lieu dans les contrats que nous venons d'étudier, la rédaction de l'écrit n'était plus la cause unique de l'engagement des parties : d'autres formalités intervenaient nécessairement pour le parfaire. C'est de ces formalités que se dégagera plus tard la notion complète de l'acte authentique.

Les formes qui revêtent ce caractère portent le nom de « lettres obligatoires » : l'expression de « s'obliger par lettres » revient sans cesse dans les vieux auteurs coutumiers. Beaumanoir qui vivait à la fin du XIII^e siècle, parle des obligations par lettres comme d'une institution déjà ancienne et pouvant s'appliquer à toutes conventions : « Bone cozes est, après que nous avons parlé..... de plusors manières de convenances et des marciés et de porter garant, que noz en cest capitre parlons d'autres manières de convenances, si comme de celes esqueles on s'oblige par lettres »,

(XXXV, 1 ; Cf. *eod. loc.* §§ 13 et 15). Il nous donne ensuite la formule de ces lettres et les diverses clauses qu'on y insérait, entre autres : celle d'obligation générale par laquelle on s'obligeait soi et ses hoirs ; celle de renonciation générale à toute exception et de renonciation spéciale au privilège attaché à son état ou à sa qualité, ce qui faisait perdre le droit d'attaquer l'acte en justice (*eod. loc.*, § 29). Pierre de Fontaines examine également le cas où un chevalier « empromptait deniers sors ses lettres pendanz » (Conseil, ch. XV, § 22) ; enfin nous avons déjà vu dans Jean des Mares un exemple de mandat contracté par lettres obligatoires (décision 178).

Le droit de s'engager par lettres obligatoires fut d'abord un privilège réservé aux gentilshommes dans leurs transactions entre eux. « Manières de lettres sont : la première entre gentixhomes de lor seaus ; car ils poent fere obligation contr'eus par le tesmoignage de lor seaus » (Beaum. *eod. loco* § 10). De même d'après Bouteiller (*Somme rural*, édit. de 1846, fol. 39, col. 1). « Obligation si est quand un homme de fief se oblige sur son seel ». Puis les simples roturiers purent s'obliger par lettres en faisant constater leurs conventions par une personne ayant un scel public, par exemple leur seigneur ou le roi : « Homes de poesté poent fere reconnaissances de lor convenences par devant lor segneurs dessoz qui il sunt couquant et levant ou par devant le souverain » (Beaum. *eod. loc.* § 18). Cette formalité de l'apposition du sceau du seigneur pour corroborer l'écrit était en parfaite harmonie avec l'état social de l'époque. Les archives publiques telles qu'elles fonctionnaient au Bas-Empire et encore à l'époque franque n'existaient

plus ; d'ailleurs pour le châtelain et surtout pour ceux qui vivaient autour de lui les archives ne présentaient aucune sécurité : un coup de main pouvait les supprimer. Il fallait des garanties plus positives, plus matérielles : on faisait alors intervenir dans les transactions des personnages puissants qui pouvaient par la force assurer l'exécution des dispositions au-dessous desquelles ils avaient apposé l'empreinte de leur gantelet préalablement enduit d'encre (1). Telle est l'origine toute brutale du pouvoir que les seigneurs s'arrogèrent pendant si longtemps en matière de rédaction des actes ; nous verrons également plus loin que pour légitimer l'existence des tabellions dépendant de leur juridiction ils invoquèrent un capitulaire de Charlemagne de 805.

D'autres fois les contractants allaient devant le juge royal où le bailli, ou plutôt devant son greffier, et celui-ci apposait sur l'acte qui contenait leurs conventions le sceau de la juridiction royale. Telles étaient les lettres de baillie.

La présence du bailli n'était requise que pour la solennité de l'apposition du sceau ; car c'était cette formalité

(1) Renaud, *op. cit.*, p. 32. Les sceaux étaient d'abord réservés aux princes souverains, encore tous ne s'en servaient-ils pas ; les seigneurs particuliers ne commencèrent à en avoir que vers la fin du XII^e siècle. (Barabé : Recherches hist. sur le tabellionage royal, p. 304). Auparavant ils se servaient du sceau de leur suzerain ; c'était aux sceaux des comtes qu'on recourait le plus souvent, car ils étaient eu même temps juges de droit commun et par conséquent les mieux placés pour faire respecter les contrats revêtus de leurs sceaux ou leurs sentences d'exécution. Aussi nous voyons dans les chroniques d'Anjou, p. 288 qu'un contrat fait entre un seigneur et un abbé contient le sceau de l'abbé, du seigneur et aussi du comte de qui relevait le seigneur... «... *cujus etiam compositionis, sub chirographi testimonio, scriptum ipsius comitis, abbatis sancti albini sed et tyranni ipsius sigillis munitum et roboratum est.* »

qui donnait aux lettres obligatoires leur caractère juridique particulier : le sceau était la preuve de l'intervention de la puissance publique, la marque de sa sanction. Ce n'est pas l'écriture ni la signature du promettant qui oblige, c'est le sceau qui donne force obligatoire au contrat et en assure l'exécution. En conséquence, il était naturel de soumettre un tel avantage à certaines restrictions. C'est pourquoi le greffier, qui jouait en réalité le rôle de notaire, ne devait sceller les lettres qu'avec l'assistance des représentants du roi ou du seigneur : eux seuls étaient à cette époque les dépositaires de l'autorité, le notaire ou tabellion n'était qu'un scribe sans aucun caractère officiel. D'ailleurs lorsque les transactions étaient encore peu développées cette intervention de la justice dans les conventions privées était assez logique : les mêmes fonctionnaires qui avaient prêté leur concours à l'acte veillaient à son exécution. Cette formalité du sceau était si bien dans la nature des choses que lorsque le greffe et le notariat furent séparés, on laissa à celui-ci, au moins à l'origine, la disposition des sceaux publics ; la formule exécutoire était devenue, de par l'habitude, le complément indispensable des actes authentiques.

Les lettres obligatoires n'étaient pas seulement un instrument de preuve ; elles constituaient encore, comme les contrats par la charte, un mode spécial de s'obliger : une obligation contractée en cette forme existait sans qu'aucune prestation eût été accomplie, sans qu'aucun symbole fût intervenu ; en réalité les formalités qui présidaient à la confection des lettres tenaient lieu de symbole. En outre elles faisaient pleine foi en justice et emportaient exécution immédiate, sans ajournement ni instance, à moins qu'il y

eût des ratures ou des surcharges ou que le sceau fût brisé, cas dans lesquels elles pouvaient être de nulle valeur ; ou bien encore à moins qu'on ne prouvât par « gage de bataille » qu'elles avaient été « mauvaiement et faususement impétrées » (Beaumanoir XXXV, § 9). En résumé, les lettres obligatoires étaient la première forme des actes authentiques, dans le sens que nous attachons aujourd'hui à ce mot, c'est-à-dire des actes émanant de l'autorité publique ou reçus par son représentant direct.

Mais les lettres obligatoires n'avaient cette efficacité en justice qu'autant qu'elles avaient été dressées en présence du juge laïc ; celles qui étaient passées devant la Cour d'Eglise devaient pour faire preuve complète des conventions qu'elles renfermaient, être corroborées par la déposition d'un témoin : « Ne pourquant quant le lettre est fete par le Cort de Crestienté, et le ples en vient en Cort laïe, elle ne vaut que un sol tesmoing » (Beaumanoir XXXV, § 18). Nous retrouvons la même règle dans les assises de Jérusalem : les bourgeois pouvaient faire rédiger leurs conventions par le notaire dépendant de la juridiction ecclésiastique ; mais ses actes ne faisaient pas foi devant la juridiction laïque (Cour des Bourgeois, ch, 145).

Le passage de Beaumanoir que nous venons de citer nous donne la mesure exacte de l'importance que la pratique attachait aux lettres obligatoires : en justice elles équivalaient à deux témoignages (1) en d'autres termes elles suffisaient à faire preuve des

(1) La règle *testis unus testis nullus* n'était pas bien ancienne du temps de Beaumanoir ; la pratique du XI^e siècle paraît encore l'ignorer. Voy. Flach : Les origines de l'ancienne France, p. 425, tome I.

faits qu'elles constataient. Mais la preuve contraire était permise, soit au moyen d'autres lettres, soit par temoins, soit par « gage de bataille » ; le juge se décidait alors suivant la gravité des témoignages ou selon l'issue du combat. C'était l'application du droit commun, au Moyen-âge, en matière de preuve.

Sur quelques points cependant on avait hésité jadis à admettre l'efficacité des lettres obligatoires : il fallait parfois un acte qui vint les compléter, un commencement d'exécution. Ici se place une règle commune aux contrats par la charte ; aux lettres obligatoires et, en général, à tous les actes écrits. En effet, bien qu'une convention existât par le seul fait de la rédaction d'un écrit, elle ne devenait parfaite, dans certains cas, principalement dans les aliénations, qu'autant que l'acquéreur avait été saisi de la possession ; or la *saisine* ne s'effectuait le plus souvent que par la remise du titre d'acquisition.

C'est ce qui arrivait par exemple pour la donation : la promesse du donateur ne devenait irrévocable que lorsqu'il avait *ensaisiné* le donataire. La donation était généralement contenue dans un « *prevelige* » (1), c'est-à-dire dans une charte de concession, dûment scellée ; mais elle ne devenait définitive que si le donataire avait eu la *saisine* des choses données ; c'est ce que l'abrégé des Assises de la Haute Cour exprime en ces termes (§ 194) : « Nul don n'est parfait qui est fait en dit sans être parfait. » Pour une donation d'immeuble l'investiture et la tradition symbolique par la *festuca*, ou l'hommage reçu pour un

(1) Le mot « privilège » employé pour désigner une charte se rencontre déjà au XI^e siècle. (Luchaire : *Etudes sur les actes de Louis VII*, p. 86).

fief, ne suffisaient point; pour une donation de deniers une promesse, même avec assignation sur un immeuble, ne créait aucun droit ferme. L'héritier du donateur qui ne s'était pas exécuté n'était aucunement tenu « parce que ce n'aura été que proumèce : car le don n'aura été que en dit et non en fait; que le don n'est pas parfait qui n'est en fait que en dit sans fait » (Livre de Jean Ibelin, ch. 144). La Cour des Bourgeois résume cette règle sous une forme plus claire : « don ne vaut sans saisine de la chose » (ch. 214) (1) ; or la saisine était réalisée par la tradition de la charte de donation. La simple promesse ne devint obligatoire que lorsqu'il fut admis que le consentement seul suffisait pour obliger; mais on rencontre pendant longtemps encore des traces de vestiges du principe ancien dans le style des actes.

La saisine était également nécessaire dans la vente; mais ici, à l'encontre de ce qui avait lieu pour la donation, le vendeur était obligé aussitôt le contrat formé, et il pouvait être contraint d'ensaisiner l'acquéreur.

En droit germanique, l'investiture de la propriété et la tradition de la possession se confondaient dans la pratique et même, sauf quelques exceptions, en théorie. Au moyen âge, l'analyse juridique commence à distinguer : 1^o le contrat appelé vente; 2^o l'ensaisinement de l'acheteur. Cet *ensaisinement* répond à la tradition romaine; mais tandis qu'en droit romain la *tradition* constituait un pur fait que rien ne pou-

(1) Ces divers textes des Assises sont très importants en ce sens qu'ils nous montrent que de bonne heure la pratique exige le dépouillement absolu du donateur; c'est l'origine de la règle si connue; *donner et retenir ne vaut*.

vait suppléer (*Institutes*, II, t. I, §§ 40 et 41) dans le droit de l'époque féodale, c'est une fiction de remise de possession qui donne lieu à un acte distinct du contrat, quoique s'y rattachant intimement. Au reste nous avons, à l'occasion des symboles, relevé en partie ce caractère de la tradition : à la vente verbale et symbolique, il fallait une tradition symbolique ; à la vente écrite devait naturellement correspondre une tradition par la remise du titre servant à la constater. D'ailleurs, la *traditio per chartam* n'était pas un fait nouveau : elle tirait son origine de la pratique romaine de l'insinuation ; c'était, en effet, en présence de la curie que la tradition s'effectuait par la remise à l'acquéreur du titre insinué. Lorsque l'usage des *gesta* fut tombé en désuétude, la tradition par la charte se conserva à propos des contrats par écrit et fut employée parallèlement aux modes d'investiture du droit germanique par la motte de terre et le gazon. Cette coutume suivit les progrès de l'écriture, et lorsque celle-ci devint d'un emploi fréquent dans les transactions, les deux formes, germanique et romaine, se confondirent en attendant que la seconde absorbât la première ; la *traditio per chartam et cespitem* remplaça alors la *traditio cum cespite et ramo*.

Il est assez probable que la tradition par la charte passa du droit romain dans le droit franc à propos des transmissions et des affranchissements d'esclaves (1), elle était également indispensable dans les donations, et c'était là son application la plus

(1) Brunner, *op. cit.*, p. 261, 274 à 276 et 114 à 116. — Cf. Marcel Fournier : Essai sur les formes et les effets de l'affranchissement dans le droit gallo-franc, p. 82, 86, 100 et 104, dans Bibl. de l'Ecole des Hautes Etudes, 60^e fascicule.

tipique ; en tout cas elle devint d'une pratique constante sous les deux premières races et pendant tout le moyen âge, soit que les parties se fussent contentées de dresser ou faire dresser par le tabellion laïc ou le notaire ecclésiastique une simple charte, soit qu'elles eussent demandé au greffier du juge des lettres scellées : l'acquéreur n'était saisi de la possession, et par conséquent plein propriétaire, de même que l'aliénateur n'était dégagé de son obligation de livrer l'objet vendu que par la remise de l'écrit. Nulle part, il est vrai, cette doctrine n'est écrite ; de là la controverse qui existe entre les interprètes sur la nature juridique et l'efficacité de ce mode de transmission des biens. Mais elle paraît bien résulter de l'ensemble des documents ; en tout cas, l'Église et le droit canon consacrèrent la *traditio chartæ* comme une forme générale d'aliénation : il suffit de parcourir, en ce qui concerne la période mérovingienne, quelques-uns des testaments qui subsistent de cette époque ou les nombreuses formules de tradition recueillies dans l'ouvrage de M. de Rozière (n^{os} 255 à 258, 286 à 289 et 128 à 135). La même règle est encore mentionnée, à la fin du moyen âge, dans le livre Roisin de Lille, p. 422 : « Nous avons transporté et transportons dans la main de notre dit cousin de Flandre les villes, châteaux, et li en baillons la possession par la tradicion des présentes (lettres). »

Avec le temps, la distinction entre le contrat et la tradition redevint plus théorique que pratique ; au XVI^e siècle l'insertion dans le premier de la clause d'ensaisinement ou désaisine-saisine équipolle à tradition, du moins dans les coutumes du centre et du midi de la France. A partir de ce moment, il ne fut

plus question que de tradition feinte; elle ne servit plus en réalité « qu'à grossir les clauses d'un contrat et ne dépendit plus que du style des notaires (1). » Au surplus, il était naturel de mettre le style des actes en harmonie avec le principe nouveau sur l'effet du consentement en matière d'obligations; la transformation qui s'était opérée dans la théorie sur la formation des contrats était, il est vrai, principalement applicable aux contrats verbaux, mais elle fit sentir son influence jusque dans les contrats par écrit. En fait, la clause de désaisine-saisine supprimait la tradition effective ou symbolique, le contrat se suffisait à lui-même: aussi prit-on l'habitude de l'insérer dans tout acte emportant aliénation d'un objet susceptible de tradition, ou dont la tradition était requise par la coutume; et dans les contrats où on ne la rencontrait pas, elle était considérée comme sous-entendue. Toutefois, dans le nord-est de la France, l'ancienne formalité de la vêtüre, appelée encore *vest* et *devest*, a persisté jusqu'à la Révolution; et dans toute la France, elle a toujours été regardée comme indispensable en ce qui touche les propriétés féodales ou fiefs.

Au moment où la tradition tendait à dégénérer en une clause de style, l'usage des lettres obligatoires commençait à diminuer; leur utilité se restreignit dès qu'il fut admis que le consentement suffisait à obliger, mais ne disparut pas complètement, car elles offraient aux parties un excellent moyen de preuve et d'exécution.

D'une part en effet les lettres obligatoires se sim-

(1) Ricard, *Donations*, 1^{re} partie, n° 902.

plifièrent quant à l'étendue de leurs fonctions ; mais cette réforme n'altéra pas sensiblement leur nature juridique, elle la dédoubla. Les lettres ne constituèrent plus, comme au temps de Beaumanoir, un mode spécial de s'obliger, puisque les conventions étaient désormais dispensées de revêtir certaines formes pour avoir une existence légale ; c'était là un emprunt fait à la pratique de l'époque franque, aux contrats par la charte, et dont le sens devait fatalement disparaître en même temps que ces contrats. La transformation s'opéra au XIV^e siècle ; bien des causes l'avaient préparé : le souvenir des contrats par écrit avait depuis longtemps disparu, les formes verbales ou écrites, étaient tombées en désuétude, le notariat venait d'être créé et il existait une analogie remarquable entre la forme des lettres obligatoires et celle des actes notariés, puisque dans les deux cas il s'agissait d'écritures publiques. Les actes notariés tiraient il est vrai leur origine, au moins en partie, des lettres de baillie, mais leur objet était mieux défini : ils intervenaient seulement *ad probationem*. Les obligations par lettres ayant continué d'exister concurremment avec les actes notariés, les praticiens avaient attribué à ces deux modes de contracter les mêmes caractères juridiques. Tout concourait donc à faire des lettres obligatoires, — cette forme intermédiaire entre les actes privés du droit franc et les actes authentiques du droit moderne, — uniquement un instrument probatoire comme ces derniers. Telle est la solution que l'on trouve exprimée dans les livres de pratique ou les auteurs, à la fin du moyen-âge ; rien n'est plus net, en effet, que ce passage du « Style du Châtelet » écrit au commencement du

XV^e siècle, ou peut être même à la fin du XIV^e : « De Emption et Vendicion. — Achatz et ventes sont faictes des ce que les parties consentent au pris, ja soit ce que arres n'en soient baillées, ne lettres faictes; mais quant arres en sont baillées, ce fait preuve le marchié. Aussi font lectres preuve du marchié » (1).

D'autre part l'importance des lettres n'était pas moindre au point de vue de l'exécution. Sans doute le contrat existait par le seul échange des consentements, mais bien souvent ce n'était là pour le créancier qu'une satisfaction illusoire : son droit n'était pas armé. Lorsque le débiteur ou le promettant niait sa dette ou se refusait à remplir ses engagements, il était obligé d'établir son droit en justice avant de pouvoir le mettre à exécution ; et s'il n'avait eu soin par avance de se ménager la preuve de sa prétention, il risquait de perdre son procès plutôt par l'insuffisance des preuves qu'il invoquait que par l'évidence du droit de son adversaire. Au contraire lorsqu'une lettre avait été dressée en présence du juge et revêtue du sceau seigneurial ou royal, non seulement elle fournissait au créancier la preuve directe de l'obligation, mais surtout elle rendait l'exécution plus facile et plus énergique : il lui suffisait de présenter son titre au tribunal compétent, et lorsque le sceau avait été reconnu authentique, le concours de l'autorité publique lui était acquis pour contraindre à l'obéissance le débiteur récalcitrant ; du reste c'était là le but immédiat et la raison d'être de la formalité du sceau. A une époque où le droit était trop souvent subordonné à la force, on comprend tout l'inté-

(1) Ms. fr. 4849, fol. XLVI recto ; cité par M. Paul Viollet : *Précis de l'hist. du dr. fr.*, p. 549, note 3.

rêt qu'il y avait pour les contractants à faire dresser une lettre de baillie. L'avantage qui en résultait au point de vue de l'exécution, resta toujours le trait caractéristique des lettres obligatoires ; et dans certaines provinces où l'usage des lettres se conserva fort tard, — malgré l'institution du notariat et les ordonnances royales défendant aux juges d'empiéter sur le domaine des notaires, — l'expression de lettres obligatoires devint synonyme de lettres exécutoires : « Au stil du pays de Normandie sont lettres et obligations exécutoires, en vertu desquelles on peut faire exécution : comme au siège royal de Mehun en Berri, les obligations se passent sous le scel de la baillie (1) ».

Le maintien des lettres obligatoires tenait également à ce qu'elles entraînaient moins de frais et de perte de temps que les actes notariés : ceux-ci ne pouvaient en effet être mis à exécution qu'après que le notaire avait délivré une grosse de l'acte, c'est-à-dire une expédition revêtue de la forme exécutoire (2) ; tandis que les lettres, qui étaient fictivement une sentence judiciaire, comportaient par elles-mêmes une exécution immédiate, sur la seule représentation de l'original. Facilité d'exécution et économie d'argent, telles sont les raisons qui ont fait subsister pendant près de trois siècles les lettres obligatoires à côté des actes notariés qui offraient cependant les mêmes garanties.

Les lettres obligatoires ne disparurent que vers la fin du XVI^e siècle : jusque-là et depuis l'organisation

(1) Fr. Ragueau et Eusèbe de Laurière : Glossaire du droit français voir (Lettre de) Baillie.

(2) Ibid., V^e obligation.

du notariat elles avaient fait double emploi avec les actes notariés : tous deux n'étaient que des instruments de preuve et, sauf quelques différences de formes, comportaient l'exécution parée. A partir de cette époque les actes authentiques sont soumis à des règles fixes et précises et la royauté assez forte pour faire respecter ses ordonnances : les attributions des juges, greffiers et notaires sont définitivement séparées (Ordonnance de 1542).

Outre les lettres de baillie, il existait encore plusieurs autres formes de lettres obligatoires, mais qui n'eurent jamais l'importance des premières ; on peut citer comme ayant ce caractère les lettres d'échevinat, les lettres en ferme, et peut-être aussi les chartes-parties. Ces divers actes n'ont jamais été que des instruments probatoires : en effet, ils se sont introduits dans la pratique à un moment où la théorie des contrats était déjà transformée et où par conséquent il ne pouvait plus être question de nouvelles formes d'obligation.

Le mouvement d'émancipation des communes qui marqua le déclin de la féodalité eut son contre-coup indirect en matière de droit privé : les villes qui avaient obtenu une charte d'indépendance, soit par la force, soit à prix d'argent, avaient le privilège de s'administrer elles-mêmes et de jouir d'une autonomie presque absolue quant à la justice du premier degré. Ainsi les magistrats municipaux appelés *échevins*, qui avaient dans leurs attributions la connaissance de certains procès, pouvaient également recevoir les conventions privées. C'était pour la commune un droit analogue au tabellionage qui était devenu également une institution municipale. D'ail-

leurs, il faut le reconnaître, ce mode de contracter devant les échevins n'existait guère que dans les grandes villes, c'est-à-dire dans celles où les fonctions municipales avaient une réelle importance et donnaient à ceux qui les exerçaient une autorité presque aussi grande qu'aux agents du pouvoir central. Les élus de la ville tenaient la place du bailli. Aussi à Rouen l'acte était dressé en présence soit du maire ou prévôt des marchands, soit des échevins et de plusieurs témoins ; on y apposait le sceau de la commune pour lui donner le caractère de l'authenticité ; puis un double de l'acte était déposé à la mairie ou dans une abbaye pour en assurer la conservation (1).

Le livre Roisin de Lille mentionne également les obligations contractées « devant eschevins ». Elles jouissent d'une grande autorité : non seulement elles portent leur preuve en elles-mêmes, mais leur exécution est assurée, parce que les échevins, qui sont juges, accordent leur garantie : « on li porte ayuwe (aide) d'esquevinage ». Les prescriptions minutieuses qui sont édictées à l'égard des « ayuwes », ainsi qu'on appelait ces lettres d'échevinat, montrent bien qu'on les considérait comme des titres authentiques : « Lois est que de toutes connissances de debtes que on fait devant eschevins, chius cui la debte est, quant on li a se debte payée, doit rendre tantost l'ayuwe et le force qu'il a d'esquevinage à chelui qui le debte li a payé ; et s'il ne li violt rendre on li doit commander qu'il le range, s'il ne l'a perdue ; et s'il dist qu'il l'a perdue, il doit fiancher et jurer sour sains, par devant eschevins, qu'il l'a perdue ; et apriès le serment, il

(1) Barabé : Recherches sur le tabellionage royal, principalement en Normandie, p. 9.

doit chelui quiter par devant eschevins de chelle debte ; et chius, se mestier en a, doit avoir ayuwe d'esquevins que chius l'a ensi quitet » (1). C'était une quittance passée en la même forme que l'obligation (2).

Dans les pays du Nord de la France, on employait aussi une autre espèce de lettres obligatoires. Tancrède, archidiacre de Bologne, qui vivait au commencement du XIII^e siècle, rapporte dans l'*Ordo judiciorum*, § 1 de *instrum. edit. in summa apud specul* (3) que les particuliers, pouvaient déposer un double de leurs contrats dans une chambre de l'hôtel-de-ville affectée spécialement à cet usage et appelée « ferme ». Delà le nom de *lettres en ferme* qui fut donné aux actes ainsi déposés. Primitivement le dépôt comprenait aussi bien les actes rédigés par les

(1) Livre Roisin, cité par M. Esmein. *op. cit.*, p. 59, n° 1.

(2) Enfin il existait dans la coutume d'Amiens une forme de contrat qui rappelle de bien près l'insinuation : L'expérience ramenant aux traditions de la curie romaine, l'échevinage sentit la nécessité de faire insérer dans des registres spéciaux les actes de droit privé. On lit à ce sujet dans le registre aux délibérations de 1438 à 1440 : « Messeigneurs à grant et meure délibération et d'une volonté et consentement, ont ordonné que dorénavant bail à cens, vendicions... etc., dont par-ey devant étaient faites lettres que on nommait chirographes, et dont par long et ancien temps on avait usé en la dite ville, seront enregistrées en un registre en parchemin, tout au net, qui sera signé du clerc de la ville : et d'an en an, ledit registre sera renouvelé en chacune mairie et seront lesdites lettres scellées du scel aux causes de ladite ville, et signées dudit clerc pour les parties qui avoir les vorront ; mais néanmoins tous les chirographes que par cy-devant ont été faites demourront avec leur valeur et vertu ». Les registres aux contrats, commencés en 1441, s'étendent jusqu'à l'année 1621, et forment une série de 144 volumes. Les actes qui y sont contenus sont des ventes, des renonciations, des donations, des contrats de mariage, des accords, des partages de succession, des transports, des assignations de cens, et d'autres conventions relatives à des intérêts privés. (Docum. inédits sur l'hist de France. Hist du Tiers-Etats, Ang. Thierry, t. I, p. 842).

(3) Cité par Danty sur Boiceau. Preuve par témoins, p. 44, édit., de 1769.

parties elles-mêmes que ceux qui avaient été dressés par les tabellions ; et cette coutume se conserva même après que les actes des notaires ou tabellions fussent devenus authentiques, nous en dirons plus loin la raison. Au reste il est probable que les actes déposés à la maison commune jouissaient d'une plus grande autorité que les écrits que les parties gardaient par devers elles, puisqu'ils étaient garantis contre toute tentative de falsification. Sous le rapport du dépôt, les lettres en ferme offraient quelque analogie avec les contrats insinués à la curie ; mais il ne faut pas pousser plus loin la comparaison : la force probante qui s'attachait à ces deux formes de contrats était bien différente.

Aux lettres obligatoires se rattache encore une autre forme d'écrit. Mabillon (*de Re diplomatica*, liv. II, ch. I) observe qu'anciennement, lorsqu'on voulait passer un contrat, on l'écrivait sur deux peaux de parchemin d'une égale grandeur, et on en donnait une à chacun des contractants ; ces écrits s'appelaient *chartas pariclas* ou *pariculas* (du mot latin *par*), parce que les deux chartes étaient entièrement pareilles. On peut relever dans les documents que nous a laissés le Moyen Age une fréquente application de ce procédé. Voici, à titre d'exemple, un passage des chroniques d'Anjou où l'usage des doubles originaux (*chirographa*) est nettement établi : un seigneur réclame à son vassal un titre qui doit lui servir à prouver un droit contesté, et celui-ci répond : *Est, domine, quod etiam vestræ auctoritatis sigillo roboratum, chirographi etiam attestazione, tam a me quam a monachis pariter conservatur* » (1).

(1) Cf. Flach, *op. cit.*, p. 440.

Mais cette précaution n'empêchait point les falsifications ultérieures; celui qui détenait une charte pouvant lui faire subir certaines altérations ayant pour effet d'en changer complètement la teneur; et cela avec d'autant plus de facilité que les actes n'étaient pas, en général, rédigés en minute. D'ailleurs qu'aurait-on fait de la minute, puisque, sauf dans quelques pays du Nord, il n'y avait point d'archives pour les conserver; et encore, même dans ces pays, n'avaient-elles pas toujours existé (1). Les notaires eux-mêmes étaient loin de dresser tous leurs actes en minute; sans doute cette opération avait lieu à l'égard des plus importants, mais c'était là une pure faculté: par exemple, l'obligation de transcrire leurs actes sur des registres ou protocoles ne fut définitivement imposée aux notaires de Paris que par une ordonnance de 1437.

Aussi on s'avisa pour plus de sécurité d'écrire le même acte deux fois sur la même peau de parchemin, en deux colonnes séparées; et on remplissait l'intervalle qui était entre ces deux colonnes par des lettres de l'alphabet ou quelques passages des Livres saints que l'on écrivait en gros caractères. On coupait ensuite cette peau en deux parties égales, de telle sorte que les lettres écrites dans l'intervalle de ces deux colonnes se trouvaient divisées par moitié, et on en donnait une moitié à chacune des parties. La division de la charte en deux parties était la plus usuelle, mais elle n'avait rien de rigoureux; on écrivait l'acte autant de fois qu'il y avait de parties intéressées, sur autant

(1) Je ne parle pas bien entendu des actes passés devant les notaires ecclésiastiques qui, lorsqu'ils étaient rédigés en minute, étaient conservés dans les archives de l'évêché ou de l'abbaye.

de colonnes séparées et avec les mêmes lettres de l'alphabet entre deux; Mabillon cite des exemples de chartes qui ont été copiées jusqu'à douze fois. S'il arrivait que la foi d'un de ces actes fût contestée, on le rapprochait de celui dont il avait été détaché et on examinait si les deux parties se rejoignaient parfaitement entre elles.

Mais le procédé se perfectionna. D'après du Cange (Glossaire, V^e *identatæ*) il existait aussi des chartes qui au lieu d'être coupées tout droit par la moitié, étaient coupées en forme de scie, en ligne spirale ou oblique et qui pour ce motif étaient appelées *chartæ identatæ* ou *identuræ*. Ces chartes dentelées rendaient la falsification plus difficile « car toutes les dents des parties du parchemin qui avait été divisé entre les contractants se devaient rapporter les unes aux autres; et de là vient que chez les Anglais ou même anciennement en France cette charte était appelée *indenture* » (1) ou *indent*. Aux XIV^e et XV^e siècles cette expression désignait les écrits rédigés de telle sorte que les doubles pussent s'endenter l'un avec l'autre en les rapprochant; mais le terme qui prévalut au XVI^e siècle est celui de charte-partie. A partir de cette époque ce mot change de sens : il n'est plus employé qu'en droit maritime pour désigner le contrat d'affrètement, c'est-à-dire l'écrit contenant le louage d'un navire.

La charte-partie était en principe un acte privé, applicable à toute espèce de convention; ce qui le prouve c'est que les textes emploient bien souvent à la place de charte-partie le mot « chirographe » l'acte

(1) Ragueau et de Laurière, V^e Charte, partie. — Cf. Revue de législation, 1870-71, p. 24.

privé par excellence. Cependant, à la fin de l'époque féodale une transformation s'opère dans la nature juridique de la charte : sa force probante augmente en raison directe des garanties de sécurité qui président à sa rédaction : ainsi dans les Institutes de Littleton (1) et ailleurs le mot « charte-partie » est pris comme synonyme de « authentique ». Certes il ne faut pas accorder à ce mot une portée trop absolue, et voir dans ces écrits de véritables actes authentiques ; mais c'étaient tout au moins des actes privés jouissant d'une autorité supérieure : en fait ils rendaient les mêmes services que les actes dressés par les tabellions, ils ne leur étaient inférieurs qu'au point de vue de l'exécution parce qu'ils n'étaient pas revêtus d'un sceau public.

Au reste il existait entre les chartes parties et les actes authentiques une relation étroite : le procédé de rédaction employé pour les premiers pouvait l'être également pour les seconds. C'est ce qui avait lieu par exemple dans les coutumes de Cambrai et du Hainaut ; les actes notariés étaient déposés soit au greffe de la juridiction, soit dans une chambre de la maison commune ; mais le notaire qui se désaisissait ainsi de ses minutes prenaient certaines précautions pour empêcher qu'elles ne fussent altérées par la suite, il peignait au milieu d'une peau de parchemin de gros caractères qu'il coupait ensuite par moitié sur chacune desquelles il écrivait le contrat ; il en donnait une à la partie intéressée et déposait l'autre au greffe ou dans la ferme (2).

(1) Ch. V, sect. 3215, cité par Barabé, *op. cit.*, p. 10.

(2) Danty sur Boiceau. p. 44. — Cf. Ragueau et de Laurière, V° Lettres en ferme.

Cette particularité qui est encore mentionnée par les auteurs du XVIII^e siècle, tenait à ce qu'il n'exista jamais dans ces pays de garde-notes, c'est-à-dire des officiers publics chargés de conserver les protocoles ou minutes des notaires décédés ou démissionnaires. En effet, l'ordonnance de Henri III de 1575 qui créait les offices de garde-notes ne s'appliqua pas à certaines contrées du nord de la France qui, à cette époque, ne relevaient pas de l'autorité royale ; ces pays conservèrent donc leur ancienne organisation et les notaires continuèrent de déposer leurs actes aux greffes des tribunaux.

CHAPITRE III

LES ACTES DE LA PROCÉDURE GRACIEUSE

En dehors des contrats verbaux et littéraux que nous avons successivement étudiés, il existait encore dans le droit franc et féodal un autre moyen de donner pleine force au consentement des parties : ce moyen qui se rattache intimement à la théorie des preuves, c'est l'emploi de la juridiction gracieuse.

Les lettres obligatoires se rapprochent de très près des actes de la procédure gracieuse, puisqu'elles sont comme ceux-ci passés en justice. Mais elles en diffèrent en ce que l'intervention du juge n'y est que nominale : en réalité, c'est le chancelier ou notaire qui reçoit l'acte, le juge ne fait qu'y apposer le sceau de la juridiction, ce qui équivaut à notre formule exécutoire ; et cette particularité se retrouvera dans la forme des actes notariés longtemps après que le notariat aura été séparé de la justice. Au contraire les actes que nous allons étudier sont accomplis en présence de tout le tribunal, dans la forme d'un procès ordinaire.

L'usage de faire intervenir la justice dans les conventions privées remonte aux plus anciennes origines germaniques : chez les Germains ; comme chez les Romains primitifs, c'est dans l'assemblée publique ou dans le plaid que s'accomplissaient les actes les plus importants de la vie civile.

D'après Tacite il y avait en Germanie deux sortes d'assemblées, les unes ayant les attributions les plus étendues, les autres s'occupant uniquement de l'administration de la justice (1). Malgré leur diversité de fonctions, les unes et les autres étaient fondées sur le même principe : la participation directe de tous les hommes libres au gouvernement et à la justice. Les premières, de beaucoup les plus importantes étaient la réunion de tous les guerriers de la tribu (*civitas*) ; elle comprenait à la fois le peuple (*plebs*, *ingenui*), les grands (*principes*) et les chefs ou rois de second ordre (*reges*, *reguli*) ; la présidence était généralement dévolue à un prêtre ou à un roi suprême. Cette assemblée générale de la *civitas* était toute puissante (1) : aucune loi ne pouvait être établie ni aucune guerre entreprise sans son consentement ; en outre c'est dans cette assemblée qu'on choisissait les chefs qui devaient rendre la justice dans les différents cantons (*pagi*).

Le droit de rendre la justice appartient, chez les Germains, aux nobles et aux chefs, c'est-à-dire à ceux qui, à des degrés divers, exercent l'autorité. Ces *principes*, investis des fonctions judiciaires par l'assemblée centrale, sont entourés d'une centaine de compagnons (*centeni ex plebe comites*) tirés de la population libre du canton où ils siègent, et dont la mis-

(1) Fustel de Coulanges: Histoire des institutions politiques de l'ancienne France, t. I, p. 338 et 341.

(4) Il est vrai que toutes les questions qui devaient être soumises à l'assemblée générale étaient discutées dans une réunion préparatoire du roi et des nobles ; sans nul doute c'est cette assemblée des *principes* qui devait avoir une influence prépondérante sur la direction des affaires,

sion, vis-à-vis du *princeps* est de l'aider *consilio et auctoritate*. Cette assemblée de la centaine ou du *pagus* est l'assemblée judiciaire par excellence.

On ignore quelles étaient les attributions de ces assemblées en matière de juridiction gracieuse; sur ce point nous ne possédons d'autre renseignement qu'un chapitre fort court de Tacite et il ne traite que de la procédure criminelle. Mais en ce qui concerne la grande assemblée du peuple les documents sont un peu plus explicites. Nous savons que c'est devant elle qu'avaient lieu : la remise des armes qui conférait la majorité, les affranchissements, les mariages, la transmission du patrimoine, etc. D'ailleurs ce mode de contracter était une simple faculté pour les parties, il leur était loisible de l'employer lorsqu'elles voulaient rendre leurs engagements publics, mais tous ces actes pouvaient être faits en dehors de l'assemblée de la *civitas* (1), par exemple au moyen de la *festuca*; ou à l'aide d'un autre symbole.

Toutefois il est un contrat dont la conclusion dans l'assemblée de la *civitas* présentait un intérêt particulier : c'est la vente des immeubles patrimoniaux (*terra, salica, aviatica*). Ici le concours du peuple se comprenait aisément. Dans l'ancien droit germanique il existait entre tous les membres de la famille une étroite solidarité; les biens-fonds formaient le patrimoine commun : c'était un devoir pour celui qui en avait actuellement la gestion de les transmettre intacts à ses descendants ou à ses copropriétaires. Le droit du *paterfamilias* germain étant limité par le droit égal de ses enfants ou parents; il n'avait

(1) M. Glanville : Histoire du droit et des institutions de la France, t. II, p. 18.

pas la libre disposition de ses biens. Néanmoins en cas de nécessité absolue, il pouvait les aliéner à titre onéreux et entre vifs en obtenant le consentement de ses héritiers présomptifs ; pour donner à ce consentement une plus grande publicité et éviter toute contestation, la vente était faite dans l'assemblée de la *civitas*. Mais à la différence de ce qui avait lieu à Rome, il n'aurait pu tester cette forme, quelque solennelle qu'elle fût : le testament était inconnu en droit germanique (1).

A l'époque de la loi Salique et sous les rois Mérovingiens les institutions germaniques sont déjà profondément modifiées. L'assemblée de la *civitas*, si tant est qu'elle subsiste encore, a revêtu un caractère exclusivement militaire : c'est une réunion de guerriers qui se tient généralement au mois de mai, avant l'entrée en campagne. Quant aux assemblées populaires, suivant le témoignage de Grégoire de Tours (*Hist. Franc.*, VII, § 7) elles n'existent plus : elles ont été absorbées par celles des nobles et des chefs (principes) qui auparavant ne constituaient que des réunions préparatoires aux grandes assemblées ; ce qu'on appelle à cette époque *placita generalia*, ce sont des assemblées de leudes et d'évêques. Ces *placita* avaient les attributions les plus étendues ; mais on peut conjecturer d'après la composition de leurs membres, qu'ils devaient s'occuper plutôt de l'administration générale de l'État que de la justice proprement dite et à plus forte raison des actes de la procédure gracieuse.

(1) De là viennent les prohibitions d'aliéner les propres qui distinguent notre droit coutumier et qui se conservèrent jusqu'à la Révolution : le retrait lignager et la réserve des quatre quints sont un souvenir du concours préalable des héritiers à la vente en droit germanique.

Le véritable juge de l'époque est le comte; Grégoire de Tours (VI, 8) appelle indifféremment ce haut fonctionnaire de la hiérarchie franque *comes* et *judex*. Dans l'exercice de ses fonctions judiciaires le comte est presque toujours entouré de quelques personnes notables que l'on appelle « rachimbourgs » en langue germanique ou « *boni viri* » en langue latine, et plus généralement « *auditores* » auditeurs. C'est ce tribunal que l'on désigne communément sous le nom de *mallum* ou *forum comitis* (1); mais le comte seul possède le pouvoir judiciaire dans toute sa plénitude; ses assesseurs sont des témoins qui n'ont d'influence qu'autant que le comte leur en veut bien accorder. En principe le *mallum* a une compétence très étendue; mais rien ne nous indique que les parties y aient eu souvent recours pour faire constater leurs conventions.

A côté du *forum comitis* on voit apparaître le tribunal du roi. Le roi mérovingien est le grand juge du royaume; de même que le comte il ne juge pas seul, il est entouré de grands personnages (*optimates*, *procères*) qui l'assistent au besoin de leurs conseils, mais qui ne peuvent, en aucune façon, tempérer son pouvoir absolu. C'est principalement devant le tribunal du roi, dont les séances se tiennent dans le palais, que s'accomplissent les actes de la juridiction gracieuse; nous avons déjà cité des exemples d'affranchissements et de donations entre époux faits *in palatio* ou *per manum regis*. Mais ce ne fut que sous les Carolingiens que le tribunal du roi prit tout son développement.

(1) Fustel de Coulanges, *op. cit.*, I, p. 510.

Sous les rois de la seconde race il existe également des assemblées générales composées des grands (*episcopi, barones, optimates*) et du peuple. Leurs fonctions sont devenues plus importantes, car elles prennent part non seulement à l'administration de la justice, mais encore au pouvoir législatif ; en outre le roi les consulte lorsqu'il s'agit d'entreprendre une guerre. En d'autres termes elles s'occupent de toutes les questions de politique intérieure et extérieure (1). Quant aux actes de droit privé qu'on faisait anciennement devant des assemblées analogues, il n'en est plus question.

Le tribunal du comte fonctionne toujours avec les mêmes attributions qu'à la période précédente : seulement les conventions privées qu'il sert à constater se multiplient, il était en effet plus commode pour les contractants de s'adresser à leur seigneur immédiat, que d'aller devant la cour du roi, surchargée d'affaires d'un intérêt général : le tribunal du comte remplaça donc celui du roi pour les fonctions auxquelles celui-ci ne pouvait suffire. Aussi les chartes de l'époque qui mentionnent que l'acte est fait *in mallo* sont elles nombreuses. Ce mode de contracter se conserva pendant la plus grande partie du moyen-âge : au X^e siècle, le comte, tenant le plaid, entouré de ses fidèles ou vassaux, donne la sanction publique aux contrats qui sont faits devant lui. Mais déjà à cette époque il pouvait recevoir des contrats en présence de témoins et sa cour s'appelle toujours le *mallum publicum* (2). Au XI^e siècle on rencontre encore des traces de ce

(1) M. Glasson, *op. cit.*, t. II, p. 450. — Cf. Luchaire ; Hist. des inst. monarch. de la France sous les premiers Capétiens, t. I, p. 240 et seq.

(2) Flach⁴ *op. cit.*, t. I, p. 249. n^o 1.

procédé dans certaines provinces qui avaient mieux conservé que d'autres les anciennes coutumes (1).

Quant au tribunal du roi il a pris une grande extension ; mais c'est principalement au point de vue de la juridiction contentieuse et de l'administration générale que ses attributions se sont multipliées : les actes faits *in palatio* sont beaucoup plus rares dans les chartes carolingiennes que dans les formules mérovingiennes ; dès le IX^e siècle on n'en rencontre plus.

C'est pendant le moyen âge que les actes de juridiction gracieuse prennent le plus d'importance : à ce moment les transactions commencent à se développer, et l'on sent plus vivement le besoin d'en assurer la stabilité. Aussi bien le procédé se perfectionne. Les assemblées publiques, aux fonctions mal définies, n'existent plus. Le tribunal du comte s'est transformé presque complètement : les cours féodales, qui le remplacent, au lieu d'être de simples cours des pairs, composées de vassaux ou de fidèles, comprennent maintenant des juristes de profession. Enfin, la royauté va opérer de nombreuses et fécondes réformes dans l'organisation des tribunaux relevant d'elle, et son exemple sera suivi par les seigneurs et les évêques haut-justiciers. La justice étant devenue régulière et présentant plus de garanties pour les parties, celles-ci prennent de plus en

(1) Il en est ainsi, par exemple, pour la Normandie. Dans le Cartulaire de l'abbaye de la Sainte-Trinité du Mont de Rouen (appelée encore Sainte-Catherine), on trouve une charte du XI^e siècle portant cette mention : *Inter cœtera etiam donativa, Gozelinus vicecomes, dedit sanctæ Trinitati, annuente et concedente Roberto, comite Normannorum, terram Corbuzonis cum omnibus appenditiis suis.* (Cf. Barabé, *op. cit.*, p. 9).

plus l'habitude de la faire intervenir à propos de leurs conventions ; c'était le seul moyen à cette époque de remédier à l'absence de la juridiction volontaire et des actes notariés. Outre la foi qui s'attachait en fait aux actes accomplis devant les tribunaux, les parties trouvaient dans ce procédé les avantages de l'exécution forcée : car la justice ne limitait pas son intervention à la formation de l'acte, elle devait encore en assurer l'exécution.

L'emploi de la juridiction gracieuse était si bien entré dans les mœurs de l'époque, qu'il suivit le régime féodal partout où celui-ci fut établi. Ainsi, les Assises de Jérusalem, qui contiennent le droit usité dans plusieurs provinces du nord de la France, nous apprennent que les parties pouvaient s'adresser au vicomte de Jérusalem et aux douze jurés qui composaient sa cour et leur déclarer les conventions intervenues entre elles ; le chancelier ou greffier les rédigeait et les scellait en présence et avec le sceau de la cour. L'abrégé des Assises de la Cour des Bourgeois (Ch. LXII) semble même admettre que la façon normale de contracter, c'est de le faire devant la justice : « Sachez que le louage que l'on fait de son héritage se doit faire en la présence de la cour, et ce peut faire aussi en la présence de gent qui soient garent. » Si le contrat de louage se faisait nécessairement devant la justice, à plus forte raison devait-il en être ainsi des contrats plus importants, comme le prêt, la vente, etc. D'après le « Livre des Assises et des bons usages dou roiaume de Jerusalem » de Jean d'Ibelin (ch. CXVII), lorsqu'un prêteur veut prendre des sûretés pour sa créance, il faut « que il en receive la plegerie en la cort ou se face reconoistre

la dete en court ». Les Assises de la Cour des Bourgeois mentionnent encore un autre procédé : les bourgeois avaient la faculté de s'adresser au notaire attaché à la juridiction ecclésiastique ; mais les actes ainsi passés ne faisaient pas foi devant la juridiction laïque.

Telles étaient, à l'époque franque et au moyen âge, les autorités chargées de recevoir les conventions privées. Les membres composant les assemblées, cours ou tribunaux, se bornaient en général à enregistrer la volonté des parties ; mais la justice était entourée d'auxiliaires dont le rôle était plus actif.

A l'effet de faciliter la tâche des juges et de conserver le souvenir des faits accomplis devant eux, on attachait aux diverses justices des scribes spéciaux dont les attributions étaient multiples. Ces fonctionnaires, appelés *cancellarii*, *referendarii*, ou plus généralement *notarii*, étaient chargés de rédiger par écrit les actes passés devant les tribunaux. Ainsi la loi Gombette nous apprend dans son préambule que des *notarii* assistaient les magistrats délégués par le roi pour rendre la justice : ils prenaient en note tous les actes émanant du tribunal ; en outre, ces mêmes *notarii* rédigeaient déjà probablement, comme ils le firent plus tard, les conventions que les parties leur soumettaient en dehors du tribunal.

Malgré l'importance pratique de leurs attributions, les scribes judiciaires ne jouissaient pas d'une grande considération. Ils n'étaient guère d'une condition sociale plus élevée que les *servi publici* et les premiers tabellions romains qui, on se le rappelle, étaient esclaves avant la réforme opérée en 401 par les empereurs Arcadius et Honorius. Leur origine

rappelait également celle des *notarii* de Rome: comme eux les notaires de l'époque franque n'étaient dans le principe que les secrétaires des hauts fonctionnaires royaux, des seigneurs et des évêques, chargés uniquement de préparer la besogne de leurs maîtres et de la terminer en l'écrivant (1). Mais leur condition s'éleva peu à peu, en même temps qu'on exigeait d'eux de sérieuses garanties d'aptitude et de moralité (2). Enfin sous les rois de la seconde race, le chancelier du palais devint un des grands dignitaires de la couronne et les référendaires attachés aux *malli publici* des personnages importants de la hiérarchie impériale. Ce relèvement de la condition des scribes s'opéra également dans les justices seigneuriales et ecclésiastiques: les fonctions de chancelier et de référendaire devinrent partout des charges honorifiques et lucratives; tandis que la rédaction des actes était confiée à des scribes inférieurs qui suppléaient les premiers dans l'exercice de leurs charges et ne répondait que d'eux.

La manière dont se recrutait le personnel des scribes ou notaires vient encore à l'appui de ce que nous avons dit sur leur origine. Tout d'abord ils étaient nommés par le comte ou l'évêque et choisis par lui parmi les clercs; par suite ce n'étaient que des fonctionnaires privés. Mais, comme en réalité ils remplissaient des fonctions publiques, ce système ne se comprenait que dans une société encore en formation: aussi lors de l'essai d'organisation gé-

(1) Luchaire: Hist. des instit. monarch. t. I, p. 213.

(2) Houard: Lois des Français, t. I, p. 394, note B; Cf. Barabé, *op cit.*, p. 3.

nérale de la justice que tenta Charlemagne, ils furent nommés par les *missi dominici*, agents directs de la royauté et rattachés au pouvoir central dont ils formèrent un rouage nouveau : *Ut missi nostri, scabinos, notarios, per singula loca eligant ; et eorum nomina quando reversi fuerint, secum scripta deferant* dit un capitulaire de 803 § 3 (Baluze, I, p. 393). Le même capitulaire ajoute qu'ils pouvaient être également choisis parmi les laïcs les mieux instruits des lois et les plus renommés pour leur probité. Deux ans plus tard un second capitulaire vint régulariser l'état de choses existant et l'étendre à tout l'empire, en ordonnant aux évêques, abbés et comtes d'avoir chacun leur notaire : *Ut unusquisque episcopus et abba, et singuli comites, suum notarium habeant* (Capit. ann. 865, § 3 ; Baluze, I, p. 421). Dès lors les notaires étaient devenus des officiers publics, dont la mission était de concourir aux actes judiciaires et administratifs que recevait le dignitaire auquel ils étaient attachés, et en particulier aux actes de la juridiction gracieuse ; à cela se bornait l'exercice de leur office en tant que personnes publiques. Mais on pouvait aussi s'adresser à eux hors de la présence du juge, pour le règlement des affaires privées et la rédaction des conventions, c'est la première forme de la juridiction volontaire d'où est sorti le notariat moderne. Ce qui semble bien prouver que telle était la pratique, c'est une décision de Charlemagne qui déclare les fonctions de notaire interdites aux prêtres et leur défend spécialement de rédiger des actes privés. *Ut nullus presbyter chartam scribat* (1).

(1) C'est au capitulaire de 805 qu'on rapporte communément l'institution des notaires seigneuriaux et apostoliques qui ont subsisté jusqu'à la Révolution.

Mais l'essai tenté par Charlemagne ne réussit pas, les désordres qui suivirent la mort du grand empereur empêchèrent ses successeurs de continuer son œuvre. Les notaires redevinrent de simples personnes privées, relevant directement des seigneurs haut justiciers auprès desquels ils exerçaient leur office. Il était réservé à saint Louis de réaliser définitivement la réforme ébauchée par Charlemagne.

Il ne nous reste plus maintenant pour compléter cet aperçu sur les actes de la procédure gracieuse qu'à examiner en quelle forme ils étaient conclus et quelle était leur valeur pratique.

Quoique la procédure de l'époque franque fût verbale, on y faisait cependant un large emploi de l'écriture ; aussi la présence d'un scribe était-elle indispensable dans tous les actes accomplis devant les tribunaux : là est la raison d'être de l'importance que prirent de bonne heure les chanceliers ou notaires dans le fonctionnement de la justice. En pratique tous les actes de la juridiction gracieuse étaient donc rédigés par écrit : mais nous verrons plus loin qu'on distinguait au point de vue de la force probante, entre l'acte fait en présence de la Cour et l'écrit dressé par le chancelier.

C'est grâce à l'influence romaine que l'écriture pénétra dans le droit germanique ; mais son emploi dut y être d'abord assez restreint. A l'époque mérovingienne, il est certain qu'on tenait déjà des écritures dans les assemblées publiques et les tribunaux. En ce qui concerne le droit franc, les nombreuses formules qui nous restent de l'époque sur toutes les matières du droit privé et de la procédure nous prouvent que l'habitude de rédiger par écrit les contrats et les actes

judiciaires y était largement développée. Pendant la féodalité, l'usage de l'écriture disparut presque complètement : l'anarchie qui désola la France sous les successeurs de Charlemagne, étouffa bientôt le germe des sciences et des arts que ce prince y avait fait éclore. Le style des actes s'en ressentit ; une diction rude, obscure et barbare, de mauvais préambules latins, voilà ce qui forme le fond des chartes des IX^e, X^e et XI^e siècles. L'ignorance était telle que non seulement les laïcs, mais quelquefois des moines ne savaient pas signer leur nom : jusqu'au XII^e siècle on ne voit presque pas de signatures dans les actes de droit privé, la présence des parties et des témoins suffisait. Peut-être cet état de choses engendra-t-il l'usage assez général de ne pas signer, même parmi ceux qui le savaient. Une marque quelconque, une croix, un sceau servaient à attester le consentement des parties ou le concours des témoins (1).

D'ailleurs, c'était un préjugé qui avait cours principalement parmi les membres de la noblesse de mépriser les lettres et les lettrés. Encore au XV^e siècle Alain Chartier, secrétaire des rois Charles VI et Charles VII, un des hommes les plus distingués de son temps, écrit : « Ce fol langage court entre les curiaux que noble homme ne doit point sçavoir les lettres, et on tient à reproche de gentillesse de bien lire et bien écrire ». C'est pourquoi on ne doit pas être surpris du peu d'importance qu'on accordait en général aux actes écrits.

Dans les *leges* l'écriture est toujours facultative : il faut aller jusqu'à l'ordonnance de Moulins, en 1566,

(1) Barabé, *op. cit.*, p. 6.

pour la trouver imposée législativement dans les conventions d'une certaine importance. Ainsi les formules franques ont soin de nous dire que les écrits sont rédigés par pure précaution sans que dans aucun cas ils soient nécessaires pour la formation ou la preuve des conventions (Marculfe II, 19). Rien ne s'opposait, il est vrai, à ce que l'écriture fut considérée par les parties comme moyen de preuve ou comme élément solennel du contrat. C'est ce qui arrivait, par exemple, dans les contrats par la charte : les parties avaient le choix entre plusieurs modes solennels de contracter, parmi lesquels se trouvaient les contrats par l'écriture où celle-ci intervenait *ad solemnitatem*. De même nous verrons qu'on finit par accorder aux écrits dressés par les chanceliers des tribunaux une force probante comparable à celle de nos actes authentiques, de sorte qu'à la fin de l'époque féodale la preuve testimoniale, qui d'abord était la seule usitée devenait d'une application de plus en plus rare.

Quoiqu'il en soit, du IX^e au XII^e siècle les contrats écrits étaient peu nombreux eu égard à l'ensemble des transactions ; c'est ce qui nous explique pourquoi les contrats verbaux, les actes symboliques et le témoignage subsistèrent pendant si longtemps (1). La

(1) Nous avons vu que le symbole de la paille, souvenir de la festuca se conserva jusqu'au XIII^e siècle dans les chartes, et plus longtemps encore dans la langue populaire. Lorsque l'usage de l'écriture se généralisa, les symboles ne disparurent pas tout à coup, mais continuèrent à être employés concurremment avec elle. Citons à titre d'exemple une charte de donation de l'an 1038, dar Richard, comte d'Evreux, en faveur de l'abbaye de Jumièges, et déposée au musée des antiquités de Rouen; elle est accompagnée d'un petit morceau de bois attaché en tête par deux bandes de cuir, annexe qui indique le consentement du do-

renaissance des lettres autant que celles du droit romain marque le commencement de la décadence de ces diverses institutions.

L'écriture, avons-nous dit, était purement facultative, aussi bien pour les actes des tribunaux que dans les relations entre particuliers. A l'époque mérovingienne on ne rédigeait les jugements par écrit que lorsqu'une partie le requérait. Ensuite on prit l'habitude de constater de cette manière l'ensemble des actes de la procédure, quel que fût leur objet. Aucune règle fixe ne présidait encore à la confection des actes judiciaires. Cependant on suivait en général le style des formulaires romains (1). La signature des contractants n'était pas nécessaire, non plus que la rédaction d'autant d'originaux que de parties intéressées; en outre comme on ne conservait pas de minute, excepté peut-être dans certaines contrées du midi de la France où le souvenir des *gesta* s'était conservé — les chances de perte étaient nombreuses et la falsification facile : c'est pourquoi un

nateur. Puis à la fin de la charte, qui contient également la marque de Guillaume, duc de Normandie, on lit : *Ego Wuillelmus hujus cartulae notarius horum testis existens, posteris conscripta relinquo*. — De même dans le cartulaire de l'abbaye de la Sainte-Trinité du Mont, à Rouen une charte de 1069 mentionne encore la tradition *per cultellum* : Guillaume le Conquérant donne à l'abbaye de la Sainte-Trinité la terre d'Hermodosodes située en Angleterre : *Hæc donatio facta est per unum cultellum quem præfatus rex joculariter dans abatti, quasi ejus palmæ minatus insigere; ita, inquit, terra dari debet. Hoc ergo evidenti signo, (cultello) multorumque nobilium qui regi adstabant regio testimonio facta est hæc donatio*. Dans une autre charte, datée de 1105, la restitution de la terre de Gisors à l'église Notre-Dame de Rouen, est encore constatée publiquement par le dépôt d'un couteau sur l'autel. Enfin, nous voyons dans une charte de 1227 que la tradition d'un héritage vendu ou donné s'opérait encore par chirothecas, au moyen de gants. — Cf. Bârabé, p. 7 et 8.

(1) Brunner, *op. cit.*, p. 200.

écrit, en général, devait être corroboré par le témoignage de ceux qui avaient assisté à la formation du contrat. — Nous savons également que le notaire pouvait être choisi par les parties pour rédiger leurs conventions privées : c'étaient alors des témoins en nombre variable qui tenaient la place des juges ; le notaire lui-même jouait le rôle d'un témoin (1). Mais dans les deux hypothèses l'écrit revêtait la même forme : sauf que dans la première il faisait mention des juges et dans la seconde des témoins en présence de qui il avait été dressé. Dans les deux cas également il portait le sceau de la juridiction, car bien qu'il fut rédigé en l'absence du juge il ne l'était pas moins en son nom (2). Le notaire n'était toujours que son représentant.

Quant aux actes émanant de la chancellerie impériale et qui se rapportaient au droit privé (affranchissements, donations, testaments), ils affectaient sans doute la même forme que les actes administratifs. On distinguait deux sortes d'actes royaux : les chartes et les lettres patentes. Les chartes (*paginæ, scripta, cartæ*) étaient de véritables actes solennels : elles étaient revêtues du monogramme ou suscription royale et du grand sceau adhérent à l'acte. Les lettres patentes (*litteræ*) sont des actes semi-solennels : elles ne portent que la signature d'un seul grand officier le chancelier et sont scellées d'un sceau pendant (3).

(1) Brunner, p. 265, cf. M. Glasson, *op. cit.*, t. III, p. 501 et s.

(2) Loyseau, des offices II, 5 n° 49 ; Danty sur Boiceau, *add.* à la préface, n° 30.

(3) Luchaire : Etudes sur les actes de Louis VII, p. 4. — Cf. Danty sur Boiceau, p. 45 et 48, édition de 1769. Il est constant que les rois de la première race signaient les actes de leur propre main. Sous la seconde race Pépin ne faisait qu'une croix et Charlemagne qui avait beaucoup de peine à écrire ne signait que rarement. C'est lui qui intro-

Ces dernières sont plus nombreuses que les chartes, surtout en matière de droit privé.

Avant de rechercher quelle était l'autorité dont jouissaient les actes rédigés par les chanceliers des tribunaux, il faut nettement distinguer l'acte juridique de l'écrit, séparer le *negotium* de l'*instrumentum*. Sans nul doute, le fait juridique accompli en justice était public et solennel ; mais il n'en était pas de même de l'écrit qui le constatait. Si donc l'on s'en tient seulement aux apparences on peut soutenir que la distinction des actes publics et des actes privés remonte à l'époque barbare : étaient publics tous les actes de juridiction, contentieuse ou gracieuse, accomplis dans les tribunaux des comtés et des centeniers, ainsi que ceux qui étaient faits dans le plaid royal (Marculfe, append., form. 1 à 7, 32 et 33). Étaient privés tous les écrits rédigés à cette occasion (1).

Les actes dressés en justice étaient moins des procès-verbaux revêtus d'un caractère authentique que de simples notes destinées à rappeler les faits (2).

En cas de contestation, voici comment les choses se passaient dans la pratique franque. Le chancelier aidé des juges ou des témoins qui avaient assisté à l'acte, devait d'abord attester la sincérité de

duisit l'usage de faire signer ses lettres patentes par son chancelier. — Les actes royaux contenaient en outre les noms des seigneurs et dignitaires qui avaient assisté à l'acte, mais en général ceux-ci ne signaient point ; quelquefois ils apposaient leur sceau à l'acte pour s'obliger à l'exécution.

(1) Ceci n'a trait qu'aux écrits usités en droit germanique. Dans le droit applicable aux Gallo-Romains nous avons vu que le système de la pratique du Bas-Empire s'était conservé.

(2) M. Glasson, *op. cit.*, III, p. 310 et 311.

l'écrit (1) celui-ci n'était en effet qu'un témoignage anticipé (2) qui en cas de besoin devait être confirmé par serment. De même nous avons déjà fait remarquer qu'à l'époque féodale, lorsqu'il s'agissait de prouver une convention, certaines lettres étaient considérées comme équivalant à un témoignage. A ces témoignages solennels du notaire et des assistants, l'adversaire devait opposer un nombre égal de cojureurs pour combattre les premiers par des affirmations contraires, ou même quelquefois en champ clos ; c'était ce qu'on appelait *fausser* les témoins, ou « escondire par gage de bataille ». La loi était donc très sévère sur le choix et le mode d'emploi des procédures de preuve parce qu'en réalité c'était le juge autant que le chancelier qui était pris à partie.

Aussi la sanction était elle terrible contre le plaideur téméraire. D'après la loi des Ripuaires (LX, § 6) celui qui après avoir attaqué un acte royal était convaincu de mensonge encourait la peine de mort (3). Ce qui était ainsi sanctionné c'était, non pas tant l'écrit (4) émanant du chancelier, que le fait

(1) Danty: addition à la préface de Boiceau, n° 27.

(2) Le même procédé était employé pour reconstituer un acte perdu, on prouvait son contenu par la déposition du notaire et des témoins qui y étaient intervenus (Capitulaire de 816, ch. V). Ce n'était toujours là qu'une déposition écrite qui, dans certains cas, servait à remédier à l'absence ou à la disparition ultérieure des témoins; les capitulaires n'ont fait ici qu'adopter une pratique qui était suivie depuis fort longtemps.

(3) Cette décision du droit germanique s'appliqua longtemps dans le droit franc, peut être jusqu'à Charlemagne: la partie de la loi Ripuaire qui contient ce passage a été rédigée vers la fin du VI^e siècle, probablement par Childebert II, roi d'Austrasie, (575-596) Cf. Sohm: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. V, p. 438 et seq.

(4) Mais pour les cas ordinaires, lorsque l'écrit avait été rédigé par le notaire seul, hors la présence de la cour, il suffisait pour rendre l'acte inattaquable; de le déposer sur l'autel; dans cette hypothèse

juridique accompli en présence du roi et qui venait d'être corroboré par les dépositions des juges et des témoins ou le combat judiciaire : le fait était alors tenu pour irréfragable. La même observation peut du reste s'appliquer aux cas qui suivent. Pour les actes autres que les actes royaux la loi Ripuaire, au titre de *Venditionibus* (LIX, §§ 2 et seq.) applicable également à celui des donations, contenait des dispositions analogues : une forte amende était imposée à la partie qui succombait ainsi qu'aux témoins qu'elle avait produits pour arguer l'acte de faux ou pour s'en défendre ; mais si le faux était reconnu réel, le chancelier devait avoir le pouce coupé s'il ne se rachetait pas une amende de 50 sols ; ce qui ne le dispensait par toutefois, dans certains cas, d'entrer en lice pour combattre son adversaire parce qu'alors il y avait un parjure à punir (Eod. loc. § 4 ; cf. Loi des Wisigoths II, §§ 1, 6 et 24). Les mêmes règles se retrouvent dans les Capitulaires. Ainsi la preuve du faux était toujours la perte du poing ; mais il n'y avait faux reconnu qu'autant que le notaire et les témoins, records sur des faits contenus dans l'acte, ne ratifiaient pas leur premier témoignage ; ou qu'à défaut des témoins décédés le serment de douze hommes n'était pas favorable au notaire (Capitulaire de 854, ch. V ; de 891, ch. VI) (1).

Au moyen âge la preuve des actes judiciaires a fait un notable progrès, le duel judiciaire a disparu ; les ju-

particulière il semble bien que c'est à l'*instrumentum* que la solennité du dépôt sur l'autel confère une force nouvelle. « Si celui qui a dressé l'acte vient à mourir, alors l'acquéreur pourra à l'aide des trois doubles que celui-ci avait écrits, corroborer son titre, sans recourir au combat, en le déposant sur l'autel » (*Lex Rib.*, L. IX, § 5).

(1) Barnabé, *op. cit.*, p. 3 et 4.

geurs qui garnissent la Cour fournissent toujours leur témoignage si une contestation se produit ; mais on ne pouvait plus les fausser comme on aurait pu fausser les témoins ordinaires, comme il arrivait par exemple lorsque l'acte avait été dressé par le notaire agissant comme juge volontaire. La preuve par record était désormais inattaquable (1).

Par la force même des choses on devait accorder à l'écrit une plus grande foi qu'à l'époque précédente : son contenu était tout au moins présumé vrai puisqu'en fait les juges confirmaient presque toujours leur première déposition. La différence entre l'acte juridique et l'instrument probatoire tend donc à s'effacer de plus en plus ; insensiblement on attribue au second les mêmes caractères qu'au premier.

La notion de l'acte authentique, tel que nous le comprenons, commence à se dégager. Mais ce n'est qu'à la fin du XIII^e siècle, lorsque saint Louis aura séparé le notariat de la justice, que les actes notariés feront pleine foi par eux-mêmes sans avoir besoin d'être corroborés par la déposition des témoins.

En résumé, le droit de dresser les actes de droit privé fut longtemps confondu avec celui de rendre la justice. Les seigneurs et les évêques à qui il appartenait l'exercèrent d'abord en personne : tous les contrats se passaient devant eux, en présence des vassaux qui constituaient leur Cour de justice, ou plus généralement en présence de témoins ; ils les faisaient rédiger par leurs secrétaires ou chanceliers et leur donnaient la sanction publique en y apposant leur sceau. Plus tard ils se déchargèrent de ce soin sur

(1) M. Esmein, *op. cit.*, p. 57.

les juges (baillis et prévôts) qu'ils créèrent pour rendre la justice à leur place. Ceux-ci se firent aider dans leur tâche par les mêmes auxiliaires que le seigneur au nom duquel ils rendaient la justice ; les secrétaires des seigneurs et des évêques (*notarii*) devinrent les clercs des juges. Ces clercs remplissaient, nous l'avons vu, le double rôle de greffiers et de notaires : ce qui n'était à l'origine que l'exercice même de leur office, puisque le fonctionnaire auquel ils étaient attachés recevait les actes de juridiction gracieuse aussi bien que ceux de la procédure contentieuse ; dans les deux cas l'acte se faisait en présence du juge. Mais les notaires prirent peu à peu l'habitude de rédiger les conventions privées hors la présence de celui-ci ; l'acte n'en était pas moins considéré comme émanant du juge. C'est à cette particularité que les actes notariés doivent d'avoir toujours été revêtus de la formule exécutoire. « Nous avons pris l'habitude » dit Loyseau (*Offices* II, V, § 50 et seq.) « d'expédier nos contrats hors la présence du juge ; mais quoiqu'il en soit, c'est toujours le juge qui parle en iceux, et y est intitulé ainsi qu'aux sentences ; et en plusieurs provinces le style des contrats porte : *que les parties sont comparues devant le notaire comme en droit ou en jugement* ; et encore en quelques lieux il porte : *qu'elles sont jugées et condamnées, de leur consentement, à entretenir tout ce qui est contenu au contrat* : qui est aussi la cause pourquoi les contrats en France ont exécution parée, ainsi que les sentences..... Aussi j'ai remarqué qu'en toutes les anciennes ordonnances jusqu'à celles de Louis XII, les greffiers sont appelés communément *notaires* aussi bien que les tabellions ». L'autorité quasi-judiciaire des actes notariés actuels s'explique

donc historiquement par ce fait que le notariat n'était, dans l'origine, qu'une branche du pouvoir judiciaire.

Mais ce système présentait de graves inconvénients. « Le droit de rendre la justice, disait l'orateur du gouvernement dans l'exposé des motifs de la loi organique du notariat du 25 ventôse an XI, s'adjugeait avec les autres parties du domaine, et le dernier enchérisseur devenait en même temps receveur du domaine et juge;... le greffe et le notariat faisaient partie de l'adjudication. Sous un pareil régime, toutes les idées de justice, de sûreté et de propriété étaient anéanties. » Saint Louis voulut y porter remède, et créa en 1270, pour la prévôté de Paris, soixante notaires ou tabellions qui furent chargés de recevoir les actes de la juridiction volontaire et de leur donner la force et le caractère de l'autorité publique. Toutefois pour conserver la relation qui existait entre le notariat et la puissance judiciaire, il leur fut enjoint d'intituler leurs actes au nom du prévôt de Paris, de les passer au Châtelet, et de les porter ensuite au garde-scel, afin qu'il y apposât le sceau de la juridiction du Châtelet (1).

Par une ordonnance du mois de mars 1302, Philippe-le-Bel établit dans toutes l'étendue des domaines de la couronne des notaires à l'instar de ceux de Paris, et défendit aux juges de se servir de leurs clercs pour notaires et greffiers (2). Cet exemple fut

(1) Ce rapport intime du notariat avec la justice se retrouvait jusque dans le langage. On appelait quelquefois, dans notre ancien droit, les notaires des *juges chartulaires* parce que, disait-on, ils font l'office de juges entre les contractants et leur donnent acte de leurs conventions.

(2) Cependant on retrouve longtemps encore des traces de l'origine judiciaire du notariat. Ainsi un édit du mois de mars 1673 créa des

peu à peu suivi par les seigneurs hauts-justiciers ecclésiastiques ou laïques, et dans les siècles suivants l'organisation du notariat se perfectionna sans cesse.

Les notaires royaux, seigneuriaux et apostoliques (1) étaient dès lors des fonctionnaires publics chargés spécialement de conférer l'authenticité aux conventions privées. Par suite, la présomption de vérité qui s'attachait aux actes de leur ministère s'était accrue considérablement. Les ordonnances de 1304 et 1319 mettent les actes notariés sur la même ligne que les actes judiciaires émanant des juges sénéchaux et baillis.

Bouteiller, dans sa *Somme rural* traitant des *lettres* admises comme moyen de preuve dans le Tournaisis, range parmi celles reconnues par le droit canonique les actes faits devant notaires en présence de témoins, et parmi celles admises par le droit coutumier les « lettres sur signe manuel de notaire ou de tabellion ». Le Grand Coutumier de Charles VI, détermine très clairement la force probante des actes

charges de « Conseillers de sa Majesté, *greffiers* des conventions » charges qui, par un second édit du mois d'août de la même année, furent réunis à celles des notaires du Châtelet.

(1) Les premiers exerçaient en vertu de provisions délivrées par le roi et dans le ressort des baillages et sénéchaussées aux quels ils étaient attachés, sauf ceux de Paris, de Montpellier et d'Orléans qui pouvaient instrumenter dans toute la France. Les seconds nommés par les seigneurs justiciers, avaient une juridiction bornée au ressort de la justice de celui qui les avait établis. Quant aux notaires apostoliques, ils n'avaient pour mission que la rédaction des actes concernant les matières ecclésiastiques. — Les actes dressés par les notaires faisaient foi, savoir : Ceux des notaires royaux dans toute l'étendue du royaume, ceux des notaires seigneuriaux dans le ressort de la cour du seigneur qui les avait nommées, ceux des notaires apostoliques dans limites des juridictions ecclésiastiques.

notariés (livre I, ch. 2). Elle est aussi fixée dans le guidon des Praticiens. En un mot, les actes notariés faisaient comme les actes judiciaires, pleine foi en justice, étaient exécutoires sans ordonnance du juge, et emportaient hypothèque.

Ainsi, en la forme, l'acte notarié était *authentique* dans le sens étroit que notre article 1317 attribue à ce mot ; par ses effets il constituait un moyen de preuve à peu près inattaquable.

A la fin du XV^e siècle, le notariat a déjà une organisation savante. Mais malgré tous ses progrès et les prescriptions des ordonnances royales, la juridiction volontaire n'est pas encore séparée complètement de la justice contentieuse. En pratique, les juges reçoivent toujours les actes et leur donnent l'authenticité ; or par cela même que les actes notariés faisaient même foi que ceux reçus par les juges, ces derniers étaient devenus inutiles. Il en était de même des lettres d'échevinat et de baillie qui subsistaient encore à cette époque. C'est ce que comprit François I^{er}, qui par son ordonnance de 1542 voulut faire cesser cet état de choses. Mais l'habitude de contracter devant la justice était si bien enracinée dans la pratique que nous voyons un édit du 4 octobre 1554 renouveler les réglemens antérieurs mal exécutés et défendre aux juges, lieutenants et greffiers de recevoir à l'avenir aucun contrat volontaire.

ÉPILOGUE

De l'étude que nous venons de faire, il résulte que dans les premières années du XVI^e siècle, la rédaction d'un écrit, authentique ou sous seing-privé, n'était imposée dans un aucun cas. La publicité n'a pas encore fait sa réapparition dans la pratique : l'insinuation ne deviendra obligatoire qu'en 1539 (ordon. de Villers-Cotterets, art. 132 et 133) pour les donations, et en 1566 (ord. de Moulins, art. 57 et 58) pour les substitutions. L'écriture n'est pas davantage requise *ad solemnitatem* : la formation des contrats est indépendante de la rédaction d'un écrit. Enfin, la presse testimoniale est le mode normal d'établir l'existence des conventions.

A cette époque, les actes symboliques tels que la paumée et le denier à Dieu sont encore en vigueur ; les parties peuvent manifester leur volonté comme elles l'entendent ; le simple accord suffit pour les lier. Toutefois, à mesure que les transactions se développaient, l'usage de l'écriture devenait plus fréquent : les parties trouvaient dans la rédaction d'un écrit le moyen de se ménager une preuve facile du contrat alors surtout que l'autorité de la preuve testimoniale était fortement ébranlée. Mais c'était là un usage qu'aucune disposition législative n'était encore venue réglementer.

Cependant, la nécessité de faire la preuve des conventions devait amener une dernière transformation dans la théorie des contrats.

Dès le XIII^e siècle, il était communément admis que toute convention, quelle que fût sa forme, était obligatoire, et que le créancier pouvait toujours la prouver en produisant deux témoins : il n'était même pas nécessaire qu'ils eussent assisté à la formation de l'acte, il suffisait qu'ils pussent attester un fait quelconque propre à en révéler l'existence. Si l'on avait dressé un écrit, il ne faisait foi qu'autant qu'il n'était pas contesté; sinon il fallait recourir à la preuve testimoniale. C'est ce qu'on exprimait par cette maxime : *témoins passent lettres*.

Beumanoir qui l'admet en principe, lui apporte cependant une restriction importante en ce qui concerne les lettres obligatoires (ch. XXXIX, § 3) : « Quant aucuns s'est obligiés par lettres, et cil qui s'obliga, nie l'obligation, il ne le convient prover fors par lettres ». Mais l'opinion de Beumanoir ne prévalut pas dans la pratique; c'est ce que nous rapporte Bouteller au XV^e siècle, dans sa Somme rural (titre CVI) : « Et s'il advient que en jugement, l'une partie se veuille ayder de lettres en preuve et l'autre partie se veuille ayder de tesmoings tant solement, scachez que la vive voix passe vigueur de lettres, si les tesmoings sont contraires aux lettres, et ce doibt le juge plus arrester à la déposition des tesmoings qui de saine mémoire déposent et rendent sentence de leur déposition que à la teneur des lettres qui ne rendent cause ». Le même auteur ajoute pourtant qu'en matière de rentes annuelles, ce qui comprenait alors les créances les plus importantes : « lettres sont plus à croire que vive voix des tesmoings, si on ne propose fausseté contre lesdites lettres ». D'ailleurs, on attribuait à cette époque la même force

probante aux actes sous signatures privées qu'aux lettres scellées : « Tu peux et doibs scavoir », dit Bouteiller (*eod. loco*) « que l'écriture qui est faicte de aucun par sa main, vaut contre luy mais pour luy ne vaut, si comme je promets payer à autre aucun deu et je lui en baille lettres écrites de ma main, scachez que celui vaut preuve ». En réalité, l'écrit faisait preuve de son contenu tant qu'il n'était pas contesté ; mais, comme nous venons de le voir, la faculté d'attaquer les écrits au moyen de la preuve orale était soumise à certaines restrictions.

Les actes publics, judiciaires ou notariés, jouissaient en fait depuis le XIV^e siècle, d'une force probante supérieure à celle des lettres scellées et des écritures privées ; quoiqu'ils ne constituassent point encore des moyens de preuve irréfragables, cependant la preuve contraire était en général plus difficile : certains auteurs exigeaient trois ou même quatre témoins pour pouvoir attaquer un acte public (1). C'était la conséquence naturelle de la rigueur des formalités qui présidaient à leur confection et du caractère public des officiers rédacteurs. Déjà dans quelques provinces ils faisaient pleine foi en justice. Ainsi le Coutumier d'Artois, rédigé au commencement du XIV^e siècle, comprend parmi les actes publics, les seuls qui fussent admis devant les juridictions laïques, les actes reçus par un notaire ou tabelion ; mais à cette époque ils n'avaient pas encore la force exécutoire.

Ce n'était là, il est vrai, qu'une décision exceptionnelle : tous les écrits, publics ou privés, pouvaient

(1) Bonnier, *op. cit.*, n° 138.

encore au XVI^e siècle, être combattus par la preuve testimoniale : quelques restrictions avaient bien été apportées à cette faculté, surtout en ce qui concerne les actes authentiques, mais elles étaient insuffisantes. Avec un pareil système la mauvaise foi et la chicane avaient beau jeu ; la corruption des témoins était devenue proverbiale. Fatalement on devait arriver à restreindre l'emploi de la preuve par témoins et exiger par là même que les contrats de quelque importance fussent rédigés par écrit sous peine de nullité. C'est ainsi que la théorie des preuves exerça une notable influence sur la formation des contrats.

Du reste, la réforme était depuis longtemps préparée. D'une part, les actes notariés devenaient d'un usage de plus en plus fréquent, en même temps que l'organisation du notariat s'étendait partout. D'autre part, pour donner un titre faisant foi contre soi, sans l'intervention d'un officier public, il n'était plus nécessaire d'être gentilhomme, d'avoir un sceau ; il suffisait de savoir signer. Les premiers coutumiers nous fournissent des exemples de ventes faites par actes sous-seing privé : « Tout vendères doit warandir espécialement quand il s'i est obligiés par *chirographie* ou serment » (1).

Ce n'est pas seulement en France que la preuve testimoniale tendait à disparaître : dans les pays voisins elle était graduellement remplacée par la preuve littérale ; il suffit de citer comme documents législatifs le statut de Bologne de 1453 ; les statuts de Milan de 1498 et 1552, l'édit perpétuel des archiducs de Flandre de 1611 (art. 19) le statut du royaume de Naples, etc.

(1) Ancienne coutume de Picardie, citée par M. Esmein, *op. cit.*, p. 63.

La réforme nécessaire fut opérée en France par l'ordonnance rendue à Moulins en 1566, dont l'article 54 est ainsi conçu : « Pour obvier à la multiplication des faits que l'on a vu ci-devant être mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins, et reproches d'iceux dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès ; avons ordonné, et ordonnons que dorénavant, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passés contrats par devant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve desdites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu audit contrat, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit ou convenu avant icelui, lors et depuis ; en quoi n'entendons exclure les conventions particulières, et autres qui seraient faites par les parties, sous leurs seings, sceaux et écritures privées. »

Le système antérieur ne subsiste donc que pour les affaires de peu d'importance. Désormais toute convention dont l'objet dépasse une certaine somme doit être constatée par un écrit authentique ou sous-seing privé, sinon la preuve n'est pas admise.

En outre la preuve par témoins n'est plus recevable contre et outre le contenu aux actes : *Lettres passent témoins*, telle est la maxime nouvelle.

La décision de l'ordonnance de Moulins fut accueillie avec faveur par les Parlements ; au surplus quelques-uns l'avaient sollicitée(1). A partir de ce moment la jurisprudence admet constamment qu'en

(1) Le parlement de Toulouse envoya des députés à Charles IX pour obtenir cette disposition particulière de l'ordonnance de Moulins (cf. Danty sur Boiceau, Add. à la préf. n° 35).

l'absence d'une inscription de faux, une partie n'est pas recevable à faire entendre les témoins qui ont assisté à l'acte, ou les notaires qui l'ont reçu, pour expliquer ce qui y était contenu ou déposer de ce dont on est convenu lors de sa confection. En d'autres termes quand le notaire, les parties et les témoins ont signé l'acte, il ne peut plus être détruit par la déposition contraire du notaire et des témoins parce que leur foi est engagée par leur signature.

Nous sommes ainsi parvenus au terme de la longue évolution que nous voulions étudier : nous avons assisté au développement de la forme depuis les actes oraux, publics ou solennels, jusqu'aux instruments authentiques. Les principes du droit moderne sont maintenant arrêtés et acquis ; dans les siècles suivants ils se développeront sans cesse et ils se transmettront tels quels dans le droit actuel.

En ce qui concerne la preuve, l'ordonnance de 1667 (1) et l'article 1341 C. c. ne font que reproduire l'article 54 de l'ordonnance de Moulins.

Quant à la publicité, nous avons déjà vu qu'elle reparut sous la forme quelque peu modifiée de l'insinuation romaine. Au XII^e siècle elle était déjà pratiquée pour les donations et les testaments dans les provinces de la France méridionale. Mais ce n'est qu'au XVI^e siècle qu'elle commence à fonctionner

(2) Titre XX, art. 2 : seront passés actes par devant notaire, ou sous signature privée, de toutes choses, excédant la somme ou valeur de cent livres, même pour dépôt volontaire ; et ne sera reçue aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de cent livres, sans toutefois rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands,

dans les pays de coutume : les articles 132 et 133 de l'ordonnance de Villers-Cotterets l'exigent pour les donations, et les articles 57 et 58 de l'ordonnance de Moulins pour les substitutions; par l'édit de 1703, article 24, elle fut étendue à tous les actes translatifs de propriété, mais dans un but purement fiscal.

Enfin la solemnité s'introduisit dans la pratique, soit comme conséquence de l'insinuation, soit pour entourer de plus de garanties les principaux contrats de la vie civile. La forme notariée fut naturellement choisie comme type des actes solennels. Quelques-uns d'entre eux furent introduits par la législation, et un assez grand nombre par la pratique. Voici quels étaient, dans le dernier état de l'ancien droit, les principaux actes qui devaient être passés par devant notaire sous peine de nullité :

Les donations entre-vifs. L'article 1^{er} de l'ordonnance de février 1731 l'exigeait ainsi : sa disposition était fondée sur ce que les donations étant de leur nature irrévocables et sujettes à l'insinuation, elles devaient se trouver dans un dépôt public.

Les baux de biens dépendant des Bénéfices (déclaration des 19 mars 1696, 14 juillet 1699 et 20 mai 1708).

Les inventaires des biens des successions dévolues aux mineurs (arrêt du conseil du 11 mars 1713).

Toute quittance de dot (art. 130 de l'ordonnance de 1629).

Les contrats de mariage devaient également être passés par devant notaires, et il devait en rester minute : cette décision de la pratique assurait la stabilité des conventions matrimoniales et empêchait les avantages entre époux, absolument contraires,

au principe de la conservation des biens dans les familles.

Les obligations emportant hypothèque devaient nécessairement être passées en la forme notariée : en effet, depuis l'ordonnance de 1539 on ne reconnaissait plus d'hypothèque conventionnelle que lorsqu'elle résultait d'un acte authentique ou reconnu en justice ; d'où la nécessité de recourir aux notaires dont les actes, une fois revêtus des formalités requises, emportaient hypothèque et étaient exécutoires comme les actes judiciaires.

Enfin, quelques autres contrats de moindre importance devaient encore être passés devant notaires.

Ainsi, dès le XVII^e siècle, la notion de la forme a atteint son complet développement : nous avons voulu montrer seulement quel chemin on avait fait avant d'arriver là. Le droit moderne ne fera que coordonner les principes du droit ancien sur la publicité, la solennité et la preuve des contrats.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. — Pour former un contrat *litteris* il suffit de la mention portée par le créancier sur son registre et du consentement du débiteur ; il n'est pas nécessaire que le registre de ce dernier contienne la mention inverse et corrélatrice.

II. — Il faut en droit romain distinguer trois sortes d'écrits ; les *scripturæ privatae*, les *instrumenta forensia*, les *acta publica*.

III. — Dans le dernier état du droit les écrits font foi de leur contenu et ne peuvent être combattus par la preuve testimoniale.

IV. — Au Bas-Empire les parties peuvent rendre leurs contrats authentiques en les faisant insinuer dans les archives.

V. — L'insinuation facultative jusqu'au IV^e siècle, devient, à partir de Constance Chlore, obligatoire pour les donations, mais seulement dans un but de publicité.

DROIT BARBARE

C'est à l'influence de l'Eglise qu'est due la décadence de l'insinuation en Gaule.

DROIT FRANC ET FÉODAL

I. — En droit germanique le transfert de la propriété et de la possession pouvait être réalisé au moyen de la *festuca*.

II. — Lorsqu'il fut admis que le consentement suffisait pour obliger, les formes orales ou écrites continuèrent néanmoins de subsister comme éléments probatoires.

III. — Les contrats par la charte, qui à l'origine n'étaient que des moyens de preuve sont devenus à la fin de l'époque franque des contrats formalistes.

IV. — Les lettres obligatoires, revêtues d'un sceau public, sont la première forme des actes authentiques.

V. — Les actes de la juridiction gracieuse n'étaient à l'origine que des écrits privés.

VI. — Au moyen-âge, la maxime « Témoins passent lettres » est généralement admise.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. — Sous l'empire des lois caducaires le *jus antiquum* ne s'exerçait pas sur les *caduca*.

II. — Dans le droit classique le possesseur de bonne foi gardait les fruits même non consommés.

III. — L'accipiens qui a reçu l'indù de mauvaise foi ne commet pas un *furtum*.

IV. — La seule échéance du terme ne constitue pas le débiteur en demeure.

V. — Sous le système des *Legis actiones* les condamnations prononcées sur l'action en revendication étaient pécuniaires.

DROIT CIVIL

I. — Les père et mère ne peuvent réduire leur enfant naturel, en vertu de l'article 761, à la moitié de sa part héréditaire qu'avec son consentement.

II. — En présence d'un descendant, la quotité disponible de l'article 1094, al. 2, est restrictive de la quotité disponible de droit commun.

III. — On ne peut déroger par des conventions particulières aux dispositions de l'article 1341 sur la non-admissibilité de la preuve testimoniale : 1^o pour des sommes ou valeurs excédant 150 francs ; 2^o contre et outre le contenu aux actes encore qu'il s'agisse d'une somme inférieure à 150 francs.

IV. — La nullité que prononce l'article 1599 en cas de vente de la chose d'autrui est relative.

V. — L'article 2208, al. 3, ne prouve pas que le mari majeur soit curateur légal de sa femme mineure émancipée par le mariage.

MATIÈRES DIVERSES

I. — Le juge peut accorder un terme de grâce au débiteur poursuivi par un créancier même muni d'un titre exécutoire.

II. — En matière commerciale la preuve par témoins est admissible en principe non seulement au-dessus de 150 francs, mais encore contre et outre le contenu aux actes.

III. — Il est loisible aux tribunaux français de réviser les jugements rendus à l'Etranger avant de leur donner force exécutoire en France.

IV. — Le ministre est juge de droit commun en matière administrative.

V. — Les traités d'extradition n'ont pas besoin d'être soumis à l'approbation des Chambres.

<i>Vu par le Doyen,</i>	<i>Vu par le Président</i>
COLMET DE SANTERRE.	<i>de la thèse,</i>
	LEFEBVRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur
de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

PREMIÈRE PARTIE. — Les formes verbales	1
CHAPITRE PREMIER. — Le formalisme	1
CHAPITRE II. — Les actes solennels.	11
§ I. — Développement historique de la forme des conventions	12
§ II. — Nexum	21
§ III. — Mancipation	26
§ IV. — <i>Injure cessio</i>	34
§ V. — Stipulation	39
CHAPITRE III. — La publicité et la preuve.	47
§ I. — La publicité	48
§ II. — La preuve.	53
DEUXIÈME PARTIE. — Les écrits	58
CHAPITRE PREMIER. — Le contrat <i>litteris</i>	62
CHAPITRE II. — Les <i>Instrumenta</i>	71
§ I. — Rôle des <i>Instrumenta</i>	73
§ II. — Classification des <i>Instrumenta</i>	86
CHAPITRE III. — Les <i>Acta forensia</i>	95
§ I. — Les <i>acta quasi-publice confecta</i>	95
§ II. — Les <i>acta publice confecta</i> ou <i>forensia</i>	98
CHAPITRE IV. — Les <i>acta publica</i>	110
§ I. — Origine et application de l'insinuation	110
§ II. — Forme de l'insinuation	118

DROIT BARBARE

Destinées des gesta après les invasions	127
CHAPITRE PREMIER. — Les <i>gesta municipalia</i> en Italie.	129
CHAPITRE II. — Les <i>gesta municipalia</i> en Gaule.	138
§ I. — D'après les lois barbares	138
§ II. — D'après les formules	149

DROIT FRANC ET FÉODAL

Généralités	162
PREMIÈRE PARTIE. — La forme orale	165
CHAPITRE PREMIER. — Le contrat formaliste.	168
CHAPITRE II. — Les contrats réels	180
DEUXIÈME PARTIE. — La forme littérale	197
CHAPITRE PREMIER. — Les contrats par la charte.	201
CHAPITRE II. — Les lettres obligatoires	214
CHAPITRE III. — Les actes de la procédure gracieuse	235
POSITIONS	267

NANCY, IMPRIMERIE A. NICOLLE